

Le travail non salarié dépendant : étude de droit comparé France Canada

par

Urwana COIQUAUD

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle
à l'École des relations industrielles
Faculté des Arts et des Sciences
Université de Montréal

ET

à l'Institut de droit des affaires
Faculté de droit
Université d'Aix-Marseille III

Tome 1 de 2

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Ph.D. en relations industrielles
et
à la Faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit

Septembre 2004

© Urwana Coiquaud, 2004



HD

4815

154

2004

1.037

2.1

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal
Faculté des études supérieures
et Université d'Aix-Marseille III
Faculté de droit

Cette thèse intitulée :

Le travail non salarié dépendant : étude de droit comparé France Canada

présentée par : Urwana Coiquaud

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

[REDACTED] : Président-rapporteur
Diane Veilleux

[REDACTED] : Directeur de recherche
Gilles Trudeau

[REDACTED] : Codirecteur
Marie-Ange Moreau

[REDACTED] : Membre du jury
Guylaine Vallée

[REDACTED] : Examineur externe
Pierre Verge

[REDACTED] : Représente du doyen
Marie-France Bich

Résumé

Dans une perspective comparée, France Canada, l'étude cherche à mettre en évidence les formes de travail qui se situent dans « la zone grise », soit à mi-chemin entre le travail salarié et le travail indépendant (par exemple, certains contrats dits d'entreprise, la franchise, le statut des artistes, certains contrats de louage, le mandat). Il s'agit de dégager pour ces travailleurs, les entrepreneurs dépendants non salariés, une définition et, ultimement, de proposer un régime juridique qui leur soit applicable, consacrant par là même un droit de la dépendance.

À la base de cette étude deux hypothèses de travail ont été formulées :

- Le travail dépendant non salarié désigne une réalité propre, identifiable et caractérisée.
- Il génère un corpus de règles sinon de principes suffisamment homogène et cohérent pour créer un droit de la dépendance.

À l'issue de cette recherche, on propose la définition suivante de ce travailleur : Il est une personne qui effectue, personnellement ou avec une aide, un travail continu pour le compte d'un cocontractant lequel coordonne l'activité entreprenante. Ce pouvoir de coordination s'exerce en fait et en droit et s'impose au travailleur non salarié dépendant tributaire de l'existence et du maintien de cette relation pour son existence personnelle et professionnelle.

Sur le plan du régime attaché à ces travailleurs, la mise en perspective du droit positif en France et au Canada, a démontré la pluralité et la disparité des règles qui les régissent. Il ne se dégage pas de notre étude un véritable droit de la dépendance. Par contre, il convient de créer un espace normatif à trois paliers pour ces travailleurs, propre à leur identité. Le premier serait composé d'un corpus de droits fondamentaux, destiné à leur garantir certains principes de justice sociale, à savoir, l'équité, la sécurité, la dignité. Le second serait le fruit de l'action législative, l'État se portant garant d'un tel régime tout en encourageant l'émergence de solidarités entre ces travailleurs. Enfin, le troisième palier permettra aux

parties de modeler un contrat-cadre catégoriel. L'encadrement devrait couvrir tous les stades du contrat, sa formation, son exécution ainsi que sa rupture.

Mots-clés : Droit du travail, droit civil, dépendance, protection du travail, protection sociale, autonomie, indépendance, Canada, France.

Abstract

Through a comparison of the situations in France and in Canada, this study attempts to identify forms of work in the “grey area” between paid employment and self-employment (for example, service contracts, franchises, status of the artist, leasing contracts, mandates). The goal is to arrive at a definition of these dependent, non-salaried entrepreneurs and, ultimately, to propose a legal framework that applies to them and also guarantees a dependency law.

Two working hypotheses underlie this study :

- Dependent, non-salaried work describes a distinct and identifiable reality with unique characteristics;
- This reality generates a body of rules and even principles sufficiently homogenous and coherent to establish a dependency law.

Based on the research, the author proposes the following definition of this category of worker : he or she is someone who performs, alone or with assistance, ongoing work for a contracting party who coordinates the activity undertaken. This power to coordinate exists both in reality and under law and is binding on the dependent non-salaried worker, who is fully subject to the existence and maintenance of the relationship for his or her personal and professional subsistence.

With respect to the benefits these workers are entitled to, an examination of the substantive law in France and in Canada demonstrates the plurality and disparity of the applicable regulations. A true right of dependency does not emerge from this study. Nevertheless, the need to create a normative place for these workers must be acknowledged, one that is adapted to their reality and capable of guaranteeing them certain principles of social justice, specifically, equity, security and loyalty.

Keywords : Labour law; Franchise; Legal subordination; labour protection, social protection, autonomy; independence.

Table des matières

INTRODUCTION.....	23
Problématique et question de recherche.....	23
Les hypothèses de recherche	34
La méthode	34
Une approche juridique comparée	35
L'approche juridique.....	40
DÉLIMITATION DE L'OBJET DE RECHERCHE RETENU	42
PARTIE PRÉLIMINAIRE - FONDEMENTS ET APPRÉHENSION DE LA DÉPENDANCE	45
CHAPITRE 1 - FONDEMENTS DE LA DÉPENDANCE EN DROIT DES CONTRATS ET EN DROIT DU TRAVAIL	49
Section 1 - Les fondements de la dépendance en droit des contrats : la dépendance refoulée	51
§-1. L'origine et les fondements philosophiques de la théorie juridique classique : philosophie économique libérale et philosophie individualiste	52
§-2. La doctrine de l'autonomie de la volonté : un principe juridique issu de la théorie générale des contrats.	55
(1) L'autonomie de la volonté : définition et fondements	55
(2) L'influence de la doctrine libérale sur le droit civil et la common law	57
Section 2 - Les fondements de la dépendance en droit du travail.....	58
§-1. La controverse sur le travail humain dans les faits : entre le sujet et l'objet ...	59
§-2. La controverse sur le plan juridique : la théorie générale des contrats ou la dépendance intrinsèque	63

(1) La théorie générale des contrats appliquée au travail : la dépendance intrinsèque	63
(2) De l'évolution de la théorie générale des contrats : Du contrat chosifié au contrat sujet	67

CHAPITRE 2 – L'APPRÉHENSION DE LA DÉPENDANCE EN DROIT DES CONTRATS ET DU TRAVAIL : LA « ZONE GRISE » 71

Section 1 - La recomposition des rapports contractuels : la dépendance et le droit des contrats	72
§-1. Des contrats déséquilibrés	73
§-2. Fractionnement du droit et singularisation des contrats – les contrats status ..	78
§-3. Des modalités et des organes de protection renouvelés	85
Section 2 - L'appréhension de la dépendance en droit du travail	90
§-1. La qualification juridique	90
§-2. L'appréhension traditionnelle de la dépendance en droit du travail et ses limites	92
(1) L'appréhension traditionnelle de la dépendance en droit du travail	94
(a) Les éléments déclencheurs : les apports respectifs de la responsabilité civile, du droit des rapports collectifs et du droit social	97
(i) La responsabilité extracontractuelle : un premier terrain d'expérimentation ..	98
.....	98
(ii) Rôle du régime des rapports collectifs de travail au Québec	101
(iii) Rôle des lois sociales et du travail en France	103
(b) L'analyse contemporaine : déceler la dépendance	109
(i) La France	109
(ii) Le Québec	116
(iii) Les constances et les critiques en regard de l'appréhension de la dépendance	123
(2) Les limites à l'analyse	127
(a) De l'aide doctrinale	127

(b) À l'œuvre législative.....	130
(i) La voie de la présomption.....	131
(ii) De l'assimilation à l'octroi d'un statut mixte.....	133
(iii) Les lois spéciales ou particulières	135
(iv) Le silence.....	136

CHAPITRE 3 - POUR UN RENOUVELLEMENT DE L'ANALYSE : LA DÉPENDANCE ET LE TRAVAIL..... 140

Section 1 - L'évolution paradigmatique de la théorie générale des contrats : un enseignement précieux..... 141

Section 2 - Illustration du renouveau de la pensée relative au travail 155

§-1. Les préliminaires à une nouvelle approche : la reconsidération d'un droit du travail, une nécessité en regard de l'évolution du droit du travail et du droit des contrats
155

(1) À l'interne..... 157

(2) À l'externe 158

(3) La dépendance au sens commun 161

§-2. Les nouvelles approches : pour une analyse paradigmatique du travail non salarié dépendant 165

(1) Le droit du travail non salarié 165

(2) Contrat d'activité et relations professionnelles 168

(3) Autres perspectives 170

(4) Vers un droit de la dépendance 173

PARTIE 1 DE L'INDÉPENDANCE DANS LA DÉPENDANCE : PHÉNOMÈNE D'IMPORTATION DES INDÉPENDANTS EN QUALITÉ DE SALARIÉ DANS LE DROIT DU TRAVAIL 185

CHAPITRE 1 - RAPATRIEMENT DES INDÉPENDANTS DÉPENDANTS AU DÉTRIMENT DU CONTRAT D'ENTREPRISE : LES TRAVAILLEURS À

DOMICILE 186

Section 1 - Les fondements d'un statut pour les travailleurs à domicile en France :

dépendance économique et réalisme..... 186

§-1. La dépendance économique comme fondement à l'élaboration d'un statut du travailleur à domicile 187

§-2. Le principe de la réalité : les éléments distinctifs du travailleur à domicile.. 195

(1) Un travail pour le compte d'un donneur d'ouvrage ou de plusieurs..... 195

(a) Une activité physique ou intellectuelle, régulière ou occasionnelle..... 196

(b) Un ou des donneurs d'ouvrage, une pluralité d'employeurs 199

(2) Une rémunération à caractère forfaitaire..... 200

(3) Une exécution pas toujours personnelle..... 202

(4) Un lien de subordination juridique introuvable 204

Section 2 - Les conditions de travail d'un assimilé, le travailleur à domicile. 207

§-1. L'affiliation au régime de protection sociale des travailleurs à domicile 207

§-2. Les droits du travail individuels et collectifs du travailleur à domicile 210

Section 3 - Le travail à domicile selon les législations québécoise et fédérale 215

§-1. Qualification juridique et travail à domicile : à la recherche de la dépendance
218

§-2. L'encadrement juridique du travail à domicile selon les législations québécoise
et fédérale 227

(1) Le travailleur à domicile, un sujet introuvable..... 228

(2) Le travailleur à domicile et le droit protecteur applicable 233

(3) L'exemple du travail à domicile dans le secteur du vêtement : une législation
spéciale en voie de disparition 239

(a) Le contexte..... 239

(b) Quelques dispositions novatrices issues des décrets 240

CHAPITRE 2 - DU CONTRAT DE LOUAGE DE CHOSSES AU CONTRAT DE TRAVAIL : LE CAS DES CHAUFFEURS LOCATAIRES DE TAXI 244

Section 1- La structuration de l'industrie du taxi : les acteurs de l'industrie du taxi 246

Section 2 - La dépendance et les conditions de travail pour les chauffeurs non propriétaires 249

§-1. L'état de dépendance du chauffeur de taxi locataire en France : l'arrêt Labbane pour la requalification d'un contrat de louage en contrat de travail..... 250

(1) Les conditions du contrat de louage..... 252

(2) Le réalisme et l'état de dépendance : l'arrêt de la Cour de cassation 254

§-2. La situation du chauffeur locataire au Québec..... 261

(1) Le principe : la non reconnaissance par la jurisprudence d'un statut de salarié pour les chauffeurs non propriétaires..... 261

(2) Les limites : l'évolution législative récente : vers une reconnaissance professionnelle des chauffeurs de taxi 272

CHAPITRE 3 RAPATRIEMENT DES INDÉPENDANTS DÉPENDANTS AU DÉTRIMENT DU MANDAT 281

Section 1 - L'intérêt de la distinction entre le contrat de travail et le contrat de mandat 282

§-1. Du point de vue des activités économiques 283

§-2. Du point de vue strictement juridique..... 285

Section 2 - Les V.R.P. ou les intermédiaires de commerce : l'exemple de la France 287

§-1. La dépendance et l'indépendance dans l'exercice de la représentation en fait
289

§-2. La dépendance dans l'exercice de la représentation en droit : la subordination travestie ou impuissante, l'exemple de la législation en France 290

(1) Les interventions autoritaires du législateur. 292

(a) Le V.R.P., un salarié aux caractéristiques particulières..... 298

(b) Le V.R.P., une « subordination juridique atténuée » 300

(c) Méthode de qualification révisée : les faits, un point de vue réaliste et économique..... 307

(2) La dépendance dans l'exercice de la représentation ignorée par la jurisprudence québécois.....	308
--	-----

PARTIE 2 – DE LA DÉPENDANCE DANS L'INDÉPENDANCE : PHÉNOMÈNE D'EXPORTATION DU DROIT DU TRAVAIL VERS DES NONS SALARIÉS DÉPENDANTS..... 318

CHAPITRE 1 – DE L'EXPORTATION EXPLICITE DU DROIT DU TRAVAIL À DES NON SALARIÉS DÉPENDANTS : LES ARTISTES 319

Section 1 - La condition de l'artiste et le droit international.	320
---	-----

Section 2 - Une négociation collective pour les artistes indépendants : l'originalité canadienne	325
--	-----

§-1. Une négociation collective sectorielle entre travailleurs indépendants et donneur d'ouvrage.....	329
---	-----

(1) Les artistes professionnels indépendants	329
--	-----

(2) Capables d'adhérer librement à une association au « pouvoir de représentation mitigé »	332
--	-----

(3) En vue d'établir un nouveau régime de relations de travail : les relations professionnelles.....	335
--	-----

§-2. Une exportation explicite du droit du travail?	339
---	-----

(1) Une proximité explicite avec le droit du travail.....	340
---	-----

(2) Les limites à la proximité : l'originalité du régime chez les artistes, un régime à part	348
--	-----

Section 3 - Naissance et évolution d'un régime spécifique en France	361
---	-----

CHAPITRE 2 – DE L'EXPORTATION ANALOGIQUE DU DROIT DU TRAVAIL À DES NON SALARIÉS DÉPENDANTS 371

Section 1 - La franchise ou « l'entrepreneuriat encadré »	371
---	-----

§-1. La nature juridique du contrat de franchise entre collaboration et contrôle : la franchise «subordonnante » ou « partenariale »	377
--	-----

(1) La franchise : un partenariat personnalisé.....	377
(a) <i>L'intuitus personae</i>	377
(b) <i>L'intuitus firmae</i>	379
(2) La franchise : un partenariat sous contrôle	381
(a) Un emplacement sous haute surveillance	383
(b) Un savoir-faire à transmettre : une assistance de tous les instants	389
(3) Une classification incertaine, la nature juridique controversée du contrat de franchise	400
§-2. Le régime juridique du contrat de franchise : un déséquilibre contrôlé?.....	403
(1) Un cadre juridique autonome pour la franchise ?	405
(2) Les mécanismes de protection dans le cadre de l'information précontractuelle, de l'exécution et de l'extinction du contrat de franchise	408
(a) Protection en regard de l'information.....	408
(i) Le principe de l'obligation d'information	409
(ii) Le formalisme?	418
(b) Protections et obligations en regard des règles de l'exécution et de l'extinction du contrat de franchise	420
Section 2 - Le cas spécifique de l'agent commercial en France	436
§-1. Un mandataire indépendant?.....	437
§-2. Les modalités de rupture et exportation de certains dispositifs protecteurs ..	442

PARTIE 3 - VERS UN DROIT DE LA DÉPENDANCE?..... 449

CHAPITRE 1 - L'IDENTIFICATION DE LA RELATION DE TRAVAIL NON SALARIÉE DÉPENDANTE..... 463

Section 1 - Les préalables à la détermination de la nature de la relation de travail non salariée dépendante	463
§-1. Parce que l'histoire du travail est parsemée d'ambiguïtés, de difficultés à distinguer le contrat de travail des autres formes contractuelles, notamment du contrat d'entreprise	465

§-2. Parce que le critère distinctif du contrat de travail a évolué et sa cohérence conceptuelle s'en trouve affaiblie.....	466
§-3. Parce que les aménagements effectués par le droit du travail, notamment, l'élaboration de régimes spéciaux, masquent une pluralité d'aménagements qui fragilise la cohérence conceptuelle et pratique du droit du travail.....	468
Section 2 - Nature du travail non salarié dépendant et proposition de définition.....	471
§-1. Les avancées internationales.....	471
§-2. Les expériences nationales.....	473
§-3. Pour une proposition de définition du travail non salarié dépendant.....	476
CHAPITRE 2 - LE TRAITEMENT JURIDIQUE RÉSERVÉ À LA RELATION DE TRAVAIL NON SALARIÉ DÉPENDANT.....	488
Section 1 - Les fondements d'une régulation légale du travail non salarié dépendant...	491
§-1. L'État et les partenaires sociaux ont un rôle à jouer.....	494
§-2. Pour une justice sociale au profit du travailleur non salarié dépendant.....	505
§-3. Pour l'identité plurale du travailleur non salarié dépendant?.....	510
Section 2 - Exploration en faveur d'un traitement spécifique du travail non salarié dépendant.....	515
§-1. L'approche des cercles concentriques.....	517
§-2. L'approche pragmatique et fragmentée.....	525
§-3. Pour un régime juridique destiné au travailleur non salarié dépendant.....	530
(1) La formation du contrat.....	531
(a) L'obligation d'information.....	531
(b) Pour un renforcement de la protection du consentement.....	533
(2) Pour un statut du travailleur non salarié dépendant au cours de l'exécution du contrat.....	534
(3) L'encadrement des modalités de rupture.....	538
CONCLUSION.....	544

BIBLIOGRAPHIE.....	I
---------------------------	----------

1 - OUVRAGES GÉNÉRAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES.....	I
---	----------

2 - ARTICLES DE PÉRIODIQUES ET DE RECUEIL DE TEXTES :.....	XXVIII
---	---------------

Liste des tableaux

Figure 1 - Construction contemporaine du lien de subordination juridique	115
Figure 2 - La construction contemporaine du lien de subordination juridique au Québec	123
Figure 3 - De la théorie juridique classique des contrats à une théorie renouvelée selon Louise Rolland	151
Figure 4 - Législation applicable à la franchise au Québec et en France.....	406
Figure 5 - La « double nature » du travailleur indépendant, selon Samuel ENGBLOM...	492
Figure 6 - Caractéristiques des différents types de travailleurs	514
Figure 7 « Overlapping circle » une approche proposée par Samuel Engblom.....	522
Figure 8 - Une proposition européenne pour la protection du travailleur économiquement dépendant – Adelberto PERULLI.....	525
Figure 9 - Les quatre groupes de contrat selon Paul Davies et Freeland	527

Liste des tableaux

Figure 1 - Construction contemporaine du lien de subordination juridique	115
Figure 2 - La construction contemporaine du lien de subordination juridique au Québec	123
Figure 3 - De la théorie juridique classique des contrats à une théorie renouvelée selon Louise Rolland	151
Figure 4 - Législation applicable à la franchise au Québec et en France.....	407
Figure 5 - La « double nature » du travailleur indépendant, selon Samuel ENGBLOM...	494
Figure 6 - Caractéristiques des différents types de travailleurs	516
Figure 7 - « Overlapping circle » une approche proposée par Samuel Engblom	524
Figure 8 - Une proposition européenne pour la protection du travailleur économiquement dépendant – Adelberto PERULLI.....	527
Figure 9 - Les quatre groupes de contrat selon Paul Davies et Freeland	529

Liste des abréviations

A.C.	Appeal Cases
al.	alinéa
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière
B.I.T.	Bureau international du travail
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. de D.	Les Cahiers de Droit
C.A.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
ch.	chapitre
Chr.	Chronique
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	conclusions
c.	contre (jurisprudence) ou chapitre (loi)
C.B.L.J.	Canadian Business Law Journal
C.civ.	Code civil (français)
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.Com.	Code de commerce (français)
C.C.R.I.	Conseil canadien des relations industrielles
C.c.T.	Code canadien du travail
C.D.L.P.	Charte des droits et libertés de la personne

C.D.P.D.J.	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse
C.F.	Cour fédérale
C.F.A.	Cour d'appel fédérale
C.I.T.	Conférence internationale du travail
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.L.L.J.	Comparative Labor Law Journal
C.L.L.P.J.	Comparative Labor Law and Policy Journal
Can. L.R.B.R.	Canadian Labour Relations Board
Ch. mixte	Chambre mixte
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
C.p.c.	Code de procédure civile
C.Q.	Cour du Québec
Ch. réunies	Chambres réunies
C.R.T.	Commission des relations de travail ou du travail
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.S.	Cour supérieure
C.S.S.	Code de sécurité sociale
C.S.S.T.	Commission de la santé et de la sécurité au travail
C.T.	Code du travail ou Commissaire du travail
D.	Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz (avant 1941)
D.P.	Recueil Dalloz périodique et critique (avant 1941)
Dr. ouv.	Droit ouvrier
D.S.	Droit social
D.T.E.	Droit du travail express
fasc.	fascicule (du Juris-classeur)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

I.J.C.L.L.I.R.	International Journal Of Comparative Labour Law And Industrial Relations
I.J.F.D.L.	International Journal of Franchising and Distribution Law
I.R.	Industrial Relations
j.	juge
J.-Cl.	Juris-Classeur (thématique)
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique (semaine juridique ; Ed. E. : Edition entreprise)
J.E.	Jurisprudence Express
J.O.	Journal officiel
J.S.L.	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
L.A.T.M.P.	Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles
Les Cahiers de Droit	C. de D.
L.N.T.	Loi sur les normes du travail
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.S.S.T.	Loi sur la santé et la sécurité du travail
McGill Law Journal	Mc Gill L.J.
n°	numéro
N.C.P.C.	Nouveau code de procédure civile
obs.	observations
O.C.D.E.	Organisation de la coopération et du développement économique
O.I.T.	Organisation internationale du travail
p.	page

P.U.A.M.	Presses universitaires Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.G.	Presses universitaires Grenoble
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
R.du B.	Revue du barreau
R.du B. can.	Canadian Bar Review/Revue du barreau canadien
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.E.J.	Revue d'études juridiques
R.G.D.	Revue générale de droit
R.I.	Relations Industrielles
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.E.	Revue internationale de droit économique
R.I.T.	Revue internationale du travail
R.J.D.T.	Recueil de jurisprudence en droit du travail
R.J.E.U.L.	Revue juridique des étudiants de l'Université Laval
R.J.I.F.	Revue juridique de l'Île de France
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.R.J.	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
R.S.M.P.	Revue des sciences morales et politiques
R.T.D.Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
S.F.P.B.Q.	Service de la formation permanente du Barreau du Québec
somm.	sommaire

suppl.	supplément
T.	Tome
tbal.	tribunal
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
vol.	volume
Y.L.J.	Yale Law Journal

N.B. Par souci d'alléger le texte, les numéros d'articles de loi précédés de L. désignent par défaut les articles du Code du travail français (ex. L. 721.1).

Remerciements

Je tiens à remercier en premier lieu mes deux directeurs de thèse. C'est grâce à eux et à leur complicité et que j'ai pu poursuivre et approfondir la recherche en droit comparé à l'issue de mon mémoire de D.E.A. Ils sont le symbole d'une remarquable collaboration scientifique et sont déjà un exemple à cet égard. Ce fut pour moi un réel privilège que ces années passées avec et entre eux. Que l'un et l'autre soient ici remerciés chaleureusement de m'avoir ainsi convié à grandir à leur côté.

Outre la synergie dont j'ai pu bénéficier, je souhaiterais remercier chacun d'eux. Tout d'abord Madame le Professeur Moreau, qui tout au long de ces années et ce malgré la distance qui nous séparait m'offrait lors de nos rencontres des heures d'échanges extrêmement stimulantes, d'où je ressortais remplie d'enthousiasme et avec l'envie d'aller toujours plus loin. Puis, Monsieur le Professeur Gilles Trudeau qui m'a accompagnée tout au long de ces années pas seulement comme directeur de thèse. Il a été présent pour me guider, me supporter dans l'apprentissage de l'ensemble des facettes de ce métier avec une grande générosité, simplicité et attention. À tous deux un grand merci pour m'avoir soutenu moralement lors des événements douloureux qui ont marqué ma vie en 2002.

Enfin, je tiens à remercier l'ensemble des membres de mon jury.

À tous ces « petits trésors » d'Amitié qui ont su être là par une foule d'attentions et qui sauront ici se reconnaître,

À mes collègues,

Et l'histoire d'une thèse c'est aussi l'histoire d'une vie. Celle de trois êtres aimés qui nous ont quittés.

À toi Maman, qui m'a appris la persévérance, le courage, et la droiture,

À vous Joli-Papa, qui fut pour moi comme un père,

À toi Papy pour ta douceur.

J'aurais souhaité que tous trois soient encore là mais j'ai la conviction profonde qu'ils m'ont accompagnée et m'accompagnent encore aujourd'hui.

À ma famille, et en particulier à Papa, Jolie-Maman et Tatie pour votre présence, votre soutien, votre amour.

Enfin, à cette vie je dis merci pour cette petite famille que nous avons bâtie, qui chaque jour me berce d'Amour, de joie et de soutien. Vous êtes mes Soleils.

INTRODUCTION

"S'interroger sur la centralité du travail, c'est dans une large mesure porter un diagnostic sur le devenir et l'avenir de la société salariale. C'est en effet dans ce type de formation sociale que le travail, sous la forme de l'emploi salarié, a occupé une position hégémonique. Non seulement parce que l'emploi salarié était largement majoritaire. Mais aussi parce ce qu'il était la matrice d'une condition sociale stable qui associait au travail des garanties et des droits."
Robert CASTEL¹

Problématique et question de recherche

On oublie fréquemment que le salariat, avant de bénéficier de l'aura qu'on lui connaît aujourd'hui, a été pendant des siècles méprisé; il réunissait « l'artisan ruiné, le tenancier que la terre ne nourrissait plus, le compagnon qui ne pouvait devenir maître. Être ou tomber dans le salariat, c'était s'installer dans la dépendance (...) »². Pourtant, à l'aube du XXI^e siècle, il est devenu le support généralisé d'une identité sociale, le philtre indispensable à l'intégration sociale, au droit de cité enfin, un passeport indispensable à l'octroi d'un statut libérateur de droits et d'avantages.

Dans l'antiquité et au cours du Moyen-Âge, le travail servile, celui susceptible d'être vendu ou loué s'opposait alors au travail libre. Il occupait une place marginale et était assimilé à une chose abstraite, une chose que l'on pouvait à loisir vendre ou louer comme on l'aurait fait d'une marchandise. À l'inverse la création de l'homme libre, donnait naissance à une

¹ Robert CASTEL, « Le monde du travail », Sept. 1998, Le monde diplomatique, p. 24.

² Robert CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale - Une chronique du salariat, coll. « L'espace politique », Mesnil-sur-L'Estrée, éd. Fayard, 1995, 490 p., Avant-propos p. 11.

œuvre matérialisée par un objet concret.

Il faudra attendre la révolution industrielle pour que les premiers signes de l'émancipation de la société salariale et de la transformation du rapport au travail se fassent sentir. L'élan en faveur de la libéralisation du travail sera le fruit conjugué de mouvements à la fois religieux, philosophiques, politiques et économiques.

Parmi les mouvements religieux, celui de la Réforme propulsera l'Angleterre dans la révolution industrielle dès les années 1760. Luther puis Calvin seront à l'origine d'une telle émancipation. Le protestantisme va placer le travail au centre des obligations religieuses. Il est glorifié et l'enrichissement non ostentatoire devient source de bénédiction chez les puritains. L'individu ainsi débarrassé du corset moral s'affirme comme propriétaire de sa force de travail et se dit prêt à la vendre librement.

Ce n'est que plus tard que la France et le Canada emboîteront le pas de l'Angleterre poussés davantage par une volonté politique³ que religieuse, du moins pour la France. Les conceptions chrétiennes où le travail est source de mortification, de souffrances rédemptrices, et la richesse un péché contrasteront en tout point avec le mouvement protestant.

Dès lors le travail entre dans l'ère de la modernité. Il doit être libre pour acquérir sa valeur d'échange ce qu'il fera bientôt : s'opère alors l'assimilation « d'une classe et d'un facteur de production avec la reconnaissance et l'organisation par le droit de ce « facteur travail » que l'analyse économique libérale repère à côté du « facteur capital » »⁴. Progressivement « la diversité des travaux humains a commencé à se fondre dans une même catégorie

³ Il est un fait que les sociétés catholiques ont été plus lentes dans leur participation active au libéralisme. Par exemple, en France, Castel rapporte que « (...) la révolution industrielle est surdéterminée politiquement (...) Le volontarisme politique s'impose à leurs yeux, car il est nécessaire pour libérer les potentialités de l'économie, mais les effets sociaux de cette rupture sont incertains. », dans *id.*, p. 208.

⁴ Francis COLLIN et al., Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, P.U.G., 1980, 281 p., p. 28.

abstraite »⁵. Ce n'est que plus tard, une fois la libéralisation du travail réalisée qu'un deuxième mouvement viendra rattacher à ce rapport de travail « une condition salariale (...) un statut auquel sont rattachés des garanties et des droits »⁶.

De marginal à dénigré, le salariat se généralise et devient enviable. Au XX^e Siècle il acquiert déjà sa centralité comme valeur économique, puis comme valeur sociale. La question du travail libre (indépendant) et du travail assujéti réapparaît mais sous un nouveau jour. Tandis que le salarié met à disposition de l'employeur sa force de travail (valeur abstraite) non pas en se dépossédant puisqu'il ne peut se détacher de sa personne mais en étant assujéti (subordonné) à l'employeur, l'entrepreneur indépendant réalise librement (indépendance) une œuvre (une chose concrète). Outre les modalités de travail, la distinction s'effectue surtout à l'égard des droits et des avantages conférés au travailleur salarié. Celui-ci bénéficie d'un statut protecteur qui, placé dans un contexte de concurrence et de globalisation des économies, pouvait apparaître comme un privilège indu aux yeux des entreprises. Dans ce contexte, le travail atypique et le travail indépendant gagnent en pouvoir attractif et les frontières entre les deux formes de travail se brouillent alors davantage.

Malgré cette observation, on distingue nettement entre le travail salarié et le travail indépendant que ce soit dans le droit positif québécois ou français. Le Code civil québécois propose une définition du contrat de travail et fait apparaître trois éléments distinctifs en vertu de l'article 2085⁷ :

« Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur ».

Alors que le Code du travail français reste pour sa part silencieux, la doctrine le définit

⁵ Alain SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », 2000 (2) Droit social 131-145, p. 131.

⁶ R. CASTEL, op. cit., note 2, p. 213.

⁷ Code civil du Québec, L.Q., c.64, art. 2085, (ci-après cité, « C.c.Q. »).

ainsi⁸ : « *la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération.* »

De ces deux définitions, il ressort clairement trois éléments distinctifs⁹ : une prestation de travail effectuée personnellement; contre une rémunération; sous l'autorité et les directives de l'employeur (le lien de subordination).

Tandis que les deux premiers critères provoquent généralement peu de discussions, le troisième à l'inverse suscite de vifs débats; **il est au coeur même de la distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise**. Issue de la pratique cette notion signifie que l'employé accepte de se placer sous l'autorité, la direction de l'employeur. Mais sa portée s'inscrit dans l'analyse de la relation de fait puisqu'elle se décline en indices, lesquels constituent autant d'éléments nécessaires pour révéler la présence ou l'absence d'un contrat de travail. La particularité de cette notion est de s'inscrire dans la pratique du droit. Elle est appelée à suivre les évolutions sociales et législatives¹⁰ et marque la frontière qui la sépare du contrat d'entreprise.

Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une personne s'engage envers une autre "à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service"¹¹ ou encore, et de façon plus large, le contrat "par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles"¹². Alors que le contrat de travail incarne l'exception, le contrat d'entreprise revêt des allures de principe, de "bonne à tout faire",

⁸ Jean PÉLISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, coll. Précis, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2002, 1337 pages, p. 188, § 127. (Les italiques sont des auteurs)

⁹ Fernand MORIN, Jean-Yves. BRIERE, Le droit de l'emploi au Québec, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 223, § II 52 et suiv.

¹⁰ Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, Toulouse, éd. C.N.R.S., 1988, 337 p.

¹¹ C.c.Q., art. 2098.

¹² C. civ., art. 1710.

pour reprendre l'expression de Malaurie et Aynes¹³; en raison de sa capacité juridique à revêtir des possibilités quasi-infinies d'expansion.

Cette hospitalité conceptuelle du contrat d'entreprise regroupe sous cet outil juridique aussi bien des constructeurs que des intellectuels; ceux qui ont de "l'imagination et de la compétence et qui mettent l'une au service de l'autre et vice et versa"¹⁴. Par conséquent, la frontière entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise demeure difficile à tracer, tant en raison de la proximité conceptuelle que des vertus expansionnistes du contrat d'entreprise. Au sein de la grande famille du contrat d'entreprise on retrouve par exemple, le travail autonome, la franchise et d'autres formes contractuelles mixtes comme le contrat de louage. Malgré cette difficulté à isoler conceptuellement l'un de l'autre, voyons quelques chiffres.

Le salariat reste la forme de travail largement dominante dans les deux pays. Quatre-vingt-six pour-cent (86 %) de la population active française est salariée¹⁵; au Québec, en 1995, cette dernière représentait quatre-vingt-cinq virgule sept pour-cent (85,7 %) ¹⁶ de la population active. On est loin de la disparition prochaine du salariat annoncée par certains¹⁷. Il ne s'agit donc pas d'une disparition, mais plutôt d'un "effritement"¹⁸ en raison tant du déploiement des formes atypiques de travail que du recours à d'autres formes que le

¹³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Droit civil - Les contrats spéciaux, Paris, 9^e éd., éd. Cujas, 1995, n° 700.

¹⁴ Philippe DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, coll. « Connaissance du droit », Paris, éd. Dalloz, 1993, p. 2.

¹⁵ « Premières informations et premières synthèses », Dares, janvier-février 1998.

¹⁶ Denis MATTE, Domenico BALDINO, Réjean COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec », (1998) Mai Le marché du travail, 87 p., p. 20.

¹⁷ Nicolas BÜHLER, Denis ETTIGHOFFER, « L'homme polyactif », in Gérard BLANC (dir.), Le travail au XXI^{ème} siècle, Paris, Dunod, 1995, 274 p., p. 207.

Gérard BLANC, « Scénario pour un futur souhaitable », id., p. 253.

¹⁸ R. CASTEL, op. cit., note 2, p. 385.

salariat. En ce qui a trait au travail autonome, les derniers rapports avancent un taux de croissance de 16,2 % au Canada¹⁹. Un chiffre honorable pour cette catégorie même s'il enregistre une inflexion dans les dernières années²⁰.

Sur un plan conceptuel, la dichotomie entre le travail salarié et le travail indépendant reste une formule de présentation choyée dans les ouvrages généraux de droit du travail que ce soit dans les régimes de droit civil ou de common law. La jurisprudence se fait l'écho de cette représentation bipolaire puisque l'analyse juridique propulse le lien de subordination juridique comme le moyen décisif pour pencher en faveur d'une catégorie ou d'une autre. Cette présentation est pourtant loin de faire l'unanimité tant en pratique que du point de vue conceptuel.

¹⁹ Voir à ce propos les chiffres issus de, Judy FUDGE, Eric TUCKER, Leah VOSKO, The Legal Concept of Employment, Report for the Law Commission Canada, October 25, 2002, 142 pages, p. 15; Il est difficile d'aller en détail car à ce jour, les données statistiques ne parviennent toujours pas à saisir la réalité dans toutes ses subtilités. Voir pour le Québec, Martine d'AMOURS et al., Diversification et fragmentation du travail, éd. INRES et CRISES, Février 2002, Montréal, 95 pages; Lucie-France DAGENAIS, Différenciation des statuts dans l'emploi et effets sur les personnes: Quelles stratégies possibles? Commission des Droits de la Personne du Québec (C.D.P.Q.), décembre 1993, 63 p., p. 12.

Colette BERNIER, « Évolution du statut du salarié en raison des nouvelles formes d'emploi - L'exemple du travail à temps partiel au Québec », dans Jacques BELANGER et al. (dir.), Le statut de salarié en milieu de travail, Rapport du XL^e Congrès des relations industrielles, Québec, P.U.L., 1985, 137-160, 142.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Forum sur les formes de travail - Les droits ont-ils un avenir? Le 10 Décembre 1997, Montréal; en particulier l'exposé de DAGENAIS Lucie-France, Nouvelles formes d'activité: Quelle est l'ampleur du phénomène?, Voir à ce sujet: Lucie-France DAGENAIS, Sylvain ARCHAMBAULT, Des travailleurs autonomes et précaires : Éléments d'un diagnostic et pistes pour des solutions à la protection sociale de ces travailleurs, Commission des Droits de la personne et des droits de la Jeunesse, décembre 1995, 69 p., p. 5.

²⁰ Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, Gouvernement du Québec, 2003, 568 p., p. 54-55 (la part de croissance du travail indépendant est négative tant chez les hommes (- 6,1 %) que chez les femmes (- 3,6 %)).

La doctrine l'a dénoncé dès les années quatre-vingt-dix en des termes péremptoirs : « Ni sur le plan historique ni sur le plan conceptuel l'opposition entre travail salarié et non salarié n'est vraiment claire » écrivait alors le Professeur Gérard Lyon-Caen²¹. Et force est d'admettre que les faits rendent aujourd'hui cette affirmation, même pour les plus sceptiques, criante de vérité.

En effet, ne voit-on pas se déployer au cœur même du droit du travail davantage d'autonomie, de responsabilisation chez les salariés? Et parallèlement ne peut-on pas observer davantage de dépendance chez les indépendants?

Dès lors, il est justifié :

« (...) de se pencher sur cet "éclatement" du cadre traditionnel des rapports de travail. Il y a quelques quinze ans, la discussion portait sur les choix entre le contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée. Dans le cadre de réglementations considérées comme protectrices des intérêts des salariés, pour lutter contre la précarité, on cantonnait le champ des contrats dits atypiques. Exit ! Maintenant, et semble-t-il avec une plus grande liberté, l'entreprise peut choisir entre le contrat de travail et le contrat commercial, les salariés fournissant leur prestation dans ce dernier cadre étant moins protégés et plus "précarisés". (...) Le licite côtoie donc l'illicite (...). »²²

Alain Supiot²³ inscrit cette évolution au cœur des grandes transformations du droit. Le « recul du pouvoir discrétionnaire au profit du pouvoir fonctionnel » par l'aplatissement des structures hiérarchiques, dilue le pouvoir et le transmet aux entités « locales ». Cette tendance générale n'est évidemment pas sans incidence sur les relations industrielles.

En effet dans la foulée du déploiement de la pensée stratégique, les pratiques managériales ont encouragé la mise en œuvre de nouveaux mécanismes de responsabilisation des salariés. Ces derniers ont vu leur autonomie, leur marge d'initiative s'accroître

²¹ Gérard LYON-CAEN, Le droit du travail non salarié, Alençon, éd. Sirey, 1990, 208 p., p. 1.

²² Albert ARSEQUEL, Philippe ISOUX, « Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », dans Olivier KUHNMUNCH (dir.), Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services? - Colloque 10 Février 1995, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1995, p. 11.

²³ Alain SUPIOT, loc. cit., note 5, 132-133.

sensiblement. Le salarié défend alors son objectif, la mission qui lui est assignée avec pour contrôle ultime de l'employeur, l'obtention du résultat. Par ailleurs, la fragmentation²⁴ du lien d'emploi, due par exemple aux périodes de chômage, au multi-salariat ou encore au contrat conclu pour une durée déterminée, rend la vie du salarié moins linéaire. Elle est désormais indéniablement liée aux contrecoups économiques de l'entreprise pour laquelle il évolue²⁵. Certes, il existe de nombreux dysfonctionnements dans cette sphère, mais, globalement, le statut de salarié offre une panoplie significative et reconnue de droits et de protections.

Ce phénomène qualifié « d'autonomie dans la subordination »²⁶ démontre la véracité des propos de Gérard Lyon-Caen avancés plus tôt. Cette remarque est d'autant plus percutante que l'on enregistre un phénomène inverse auprès du travail indépendant. On parle alors d'« allégeance dans l'indépendance »²⁷ ce qui traduit l'idée selon laquelle l'activité non salariée offre des formes de dépendance manifestes dans la conduite de son activité professionnelle. Par exemple, une franchise offre un moyen de participer à un réseau commercial déjà éprouvé, ce qui limite, en partie, la prise de risque initiale. En contrepartie, le franchiseur requiert le respect de techniques et de méthodes professionnelles qu'il a mises au point dont il orchestre le contrôle, le suivi et le respect.

Au total, ces infléchissements respectifs, l'un en faveur d'une autonomie accrue et l'autre d'une plus grande dépendance, convergent vers une même problématique : la distinction entre le travail salarié et le travail indépendant a-t-elle toujours sa raison d'être?

Certes sur un plan théorique la dichotomie entre le travail salarié et non salarié se défend. Par contre, elle perd toute crédibilité au contact des faits. Dès lors comment justifier la

²⁴ Martine d'AMOURS et al., *op. cit.*, note 19.

²⁵ Voir pour une étude exhaustive sur la question : Guylaine VALLEE, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne - Quel rôle pour le droit du travail? » (1999) Vol. 54 n°2 *R.I.* 65; J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, *op. cit.*, note 20; Graham S. LOWE, « Employment Relationships as the Centrepiece of a New Labour Policy Paradigm » (2002) Vol. 28 (1) *Canadian Public Policy* 93-104.

²⁶ Intitulé emprunté à Alain SUPLOT, dans *loc. cit.*, note 5, 133.

²⁷ *Id.*

légitimité d'un édifice protecteur (droits et garanties statutaires) qui semble sous-estimer sinon oublier une partie de la réalité sociale pour laquelle il a été édifié (les entrepreneurs dépendants)?

Cette question est d'autant plus cruciale que la Commission Mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation vient de rendre son rapport dans lequel elle recommande davantage d'équité et de solidarité entre les individus et privilégie le renforcement du dialogue social et l'accès à la protection sociale minimale²⁸. Cette recommandation suit de près le déploiement du concept de « travail décent »²⁹ orchestré par l'Organisation internationale du travail. Une telle position rend d'autant plus pertinente cette réflexion, qui ne se limite pas, dès lors, à un niveau national. D'ailleurs préalablement à l'état d'alerte dans lequel est aujourd'hui plongée la communauté internationale, les travaux en la matière ont amorcé et développé une réflexion de fond sur le sujet.

En effet, au cours des dernières décennies, plusieurs réflexions ont été menées par les travaillistes et les civilistes en vue de mieux répondre à cette nouvelle donne sociale et de combler les lacunes de l'analyse juridique en vigueur.

Trois perspectives ont été explorées chez les travaillistes. La première a eu pour objet de renforcer, parfois de façon artificielle, la dichotomie contrat de travail et contrat d'entreprise. Plus téméraire fut la proposition selon laquelle il fallait éclairer sinon créer une place à part entière pour les travailleurs situés dans la « zone grise »; c'est-à-dire ceux qui ne correspondent ni tout à fait aux caractéristiques du travailleur indépendant, ni à celles du salarié. Enfin, la dernière approche a regroupé les études qui ont tenté de

²⁸ O.I.T., Une mondialisation juste - Créer des opportunités pour tous, Rapport final de la Commission Mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, Genève, 24 février 2004, 179 p., disponible sur le site de l'O.I.T. : <http://www.oit.org>

²⁹ « Il faut entendre par là un travail productif allant de pair avec la protection des droits et permettant d'obtenir un revenu suffisant et de bénéficier d'une protection sociale appropriée. Cette notion implique aussi un volume de travail suffisant dans la mesure où tout un chacun doit avoir pleinement accès à des possibilités d'emploi lucratif » Un travail décent, Rapport de M. Juan Somavia, Directeur Général du BIT, 87^e Session de la Conférence Internationale du Travail, 1999.

redessiner la cartographie juridique du travail pris au sens large. De plus grande ampleur, ces dernières initiatives visent le plus souvent à revoir les fondements paradigmatiques du droit du travail.

L'ensemble de ces approches se situe sur un continuum entre le « redéploiement » du droit du travail et sa « refondation », selon les termes de Robert Castel³⁰. Certaines d'entre elles ont pu être explorées par les tribunaux ou par les législateurs d'autres ont simplement été imaginées.

Parallèlement à ce travail, le droit civil a lui aussi tenté un renouveau paradigmatique au moyen de la théorie de la dépendance. Bien que cette théorie soit loin de faire l'unanimité auprès des civilistes, elle propose de consacrer la dépendance économique comme une catégorie juridique nouvelle. Ultimement il s'agit de formuler des règles adaptées aux situations dites de dépendance³¹.

Que l'on se situe sur le terrain travailliste ou civiliste, force est de constater que ces deux approches sont cloisonnées par leurs disciplines juridiques respectives alors que tout semble les rapprocher par l'objet qu'elles touchent, en particulier, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Il reste à faire le lien entre d'une part, les faits qui démontrent la croissance de travailleurs inclassables, à mi-chemin des catégories existantes et, d'autre part, la réflexion théorique avancée dans les deux corpus juridiques. En somme tenter une réconciliation théorique sinon pratique de ces deux analyses qui convergent par leur objet et leur finalité.

³⁰ Robert CASTEL, « Droit du travail : redéploiement ou refondation », 1999 (5) Droit social 438-453.

³¹ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p.; Catherine DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, Condé-sur-Noireau, éd. L'Harmattan, 1997, 399 p.

En considération des faits et des développements doctrinaux, il apparaît nécessaire de développer une réflexion sur ce que nous nommerons le travail non salarié dépendant. Cette réalité ne correspond pas aux catégories traditionnelles en droit. On est salarié ou entrepreneur indépendant. La réalité est beaucoup plus nuancée et au fil des années un corpus juridique s'est développé pour répondre de façon plus spécifique mais isolée à cette forme de travail hybride. Les interventions plus ou moins adroites, plus ou moins à succès ne sont pas encore parvenues à s'extirper de la dichotomie traditionnellement retenue par le droit positif. Dès lors la question sur laquelle il convient de réfléchir est la suivante :

Le travail non salarié dépendant constitue-t-il une réalité en soi et peut-on faire émerger de cette réalité un corpus de règles qui lui soit spécifique?

Dans cette perspective **l'objet de cette recherche** consiste à mettre en lumière une réalité qui s'est bâtie à l'ombre des catégories juridiques existantes; le travail non salarié dépendant. Pour rendre compte de cette réalité et la distinguer du travail indépendant, nous avons choisi d'employer **le terme de travail non salarié dépendant**. Cette notion permet selon nous de mieux rendre compte de la réalité sociale vécue par ces « travailleurs de la marge ». Il s'agit, en quelque sorte, d'une zone intermédiaire dans laquelle des travailleurs exercent une activité aux caractéristiques ambivalentes. Un autre élément rentre en considération dans ce choix; la notion d'entrepreneur indépendant contient une infinité de situations qui rend peu plausible l'idée d'un groupe doté d'une unicité de sens. Cette notion regroupe des travailleurs aux spécificités peu homogènes, limitant d'autant la pertinence de comparer ce groupe à d'autres. Par contre, il semble possible d'extraire ceux qui ne subissent pas une forme de dépendance significative afin de les étudier. Mais à cette étape-ci de la recherche il n'est pas possible de définir davantage le travail non dépendant salarié puisqu'une analyse approfondie de ces différentes formes de travail doit être réalisée pour tenter ultimement de mieux cerner le sujet d'étude, selon un processus hypothético-inductif.

On peut objecter qu'il s'agit ni plus ni moins d'une nouvelle tentative de créer une catégorie de travailleurs d'un troisième type? Nous ne le pensons pas. L'objectif consiste

moins à vouloir répondre d'une logique de catégorisation juridique que de déceler, au moyen de la notion de travail non salarié dépendant, une réalité de travail dotée de sa propre identité. Ultimement ces travailleurs seraient gouvernés par un ensemble de règles spécifiques.

Les hypothèses de recherche

La problématique et la question de recherche étant posées, **deux hypothèses peuvent** dès lors être posées :

- Le travail non salarié dépendant désigne une réalité propre, identifiable et caractérisée.
- Le travail non salarié dépendant génère un corpus de règles sinon de principes suffisamment homogène et cohérent pour créer un droit de la dépendance.

Tantôt partiellement appréhendé par le droit du travail d'autres fois assujetti aux règles du droit commercial et du droit civil, le travail dépendant non salarié semble être en mesure d'illustrer cette réalité contemporaine ignorée ou à tout le moins méconnue ou contournée par les différents acteurs qui encadrent la vie juridique du monde du travail et des relations particulières qui s'y forment. Pour ce faire une approche juridique de droit comparé sera retenue.

La méthode

Afin d'ouvrir la réflexion à une problématique plus vaste que celle offerte au niveau national, la présente thèse se propose de réaliser cet effort de systématisation à partir de l'expérience de deux pays, la France et le Canada, plus particulièrement le Québec. Une

approche de droit comparé sera donc utilisée; les prochaines pages précisent les sources de droit qui seront étudiées, pour finalement énoncer les limites de la recherche.

Une approche juridique comparée

Dans l'histoire, le droit du travail « est l'un des domaines où la méthode comparative de recherche a été le plus souvent employée. Dans les pays de civilisation occidentale, les problèmes qui se sont posés sont de nature très semblable (...) »³². Ce constat livré il y a plus de quarante ans se vérifie aujourd'hui³³. Ce qui fait que le droit du travail se prête tout à fait naturellement à l'approche comparée.

Le travail non salarié dépendant n'est pas une curiosité nationale. Le Canada³⁴, la France, l'Europe³⁵ et, enfin, les grandes organisations internationales³⁶ s'en préoccupent. Dans les faits, les observations menées dans différents pays conduisent à un constat similaire. Par contre, le traitement juridique, adopté ou pensé, s'il demeure généralement embryonnaire, est loin d'être uniforme ou partagé.

³² Harold Cooke GUTTERIDGE, Le droit comparé - Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit, trad. DAVID René (dir.), Paris, L.G.D.J., 1953, p. 52; Alain SUPLOT, Le droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2004, 127 pages, p. 29-32.

³³ A. SUPLOT, *id.*, p. 29-32.

³⁴ Développement des ressources humaines Canada, Rapport du Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution, 1997, référence LT-060-05-97F, 256 p.

³⁵ European Industrial Relations Observatory, Travailleurs économiquement dépendants, droit du travail et relations industrielles, de Roberto PEDERSINI, 2002, 27 pages, TN0205101S, disponible sur le site : <http://www.eiro.eurofound.ie>

³⁶ Roger BLAINPAIN, « Work in the 21st Century », in BLAINPAIN Roger (éd.), International Encyclopaedia of Laws - World Law Conference Brussels, 9-12 September 1996 - Law in Motion, Cambridge, Kluwer Law International, 1997, p. 883; voir également Alain SUPLOT (dir.), Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1998, 640 p.

Dans cette perspective, nous nous proposons de contribuer à une meilleure connaissance de ce phénomène, en concentrant l'analyse sur la France et le Canada et plus particulièrement le Québec. Ce choix se justifie pour deux raisons :

Premièrement, il existe une proximité dans la tradition juridique française et québécoise puisque toutes deux sont héritières d'un régime civiliste, quoique teinté, au Québec, de common law. Dans ce dernier cas, Patrick Glenn³⁷ parle de "droit mixte". La common law "s'est civilisée et se civilise encore"³⁸ dans l'ensemble des provinces canadiennes. Le Québec, îlot civiliste parmi "une prépondérance démographique de la common law"³⁹ subit à son tour cette influence⁴⁰.

Deuxièmement, sur le plan de la régulation juridique des relations industrielles, les deux zones présentent des traitements très distincts. En grossissant le trait, alors que la France propose un mode de régulation centralisé, le Québec offre une configuration beaucoup plus décentralisée et, ce, conformément à l'esprit du régime de relations de travail adopté en Amérique du Nord au milieu du siècle dernier.

Le Canada mise sur l'importance des rapports collectifs et particulièrement sur la convention collective. Ce système de relations de travail fut à l'origine importé des U.S.A. mais a largement été adapté au contexte⁴¹. Tandis que la France a toujours privilégié une approche basée sur les rapports individuels de travail et sur l'interventionnisme étatique. L'ordre public social par exemple vient s'incorporer au contrat de travail.

³⁷ Patrick H. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 R.J.T. 342.

³⁸ Id.

³⁹ Id.

⁴⁰ Claude C. EMANUELLI, « Le droit comparé selon une perspective canadienne », (1980) 40 n°1 R. du B. 80.

⁴¹ John LOGAN, « How Anti-Union » Laws Saved Canadian Labour: Certification and Striker Replacements in Post War Industrial Relations » (2002) 57-1 R.I. p. 129-158; Harry Douglas WOODS, Labour Policy in Canada – Vol 1 – Labour Policy and Labour Economics in Canada, Toronto, Macmillan of Canada, 377 pages, p. 31-65; Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 Revue juridique Thémis 1.

« (...) la seule volonté des [parties au contrat] est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche (...) »⁴².

À travers le statut de salarié toutes les dimensions de la relation de travail transitent, y compris celles de l'entité collective, qui n'acquiert son autonomie que par son intermédiaire. Ainsi, en France, le contrat de travail s'impose et la convention collective ne peut réduire les droits que le salarié tient de son contrat de travail.

Au contraire au Canada, les rapports et les organes collectifs occupent une place prioritaire définie dans un corset législatif rigoureux. L'autonomie collective, une fois acquise, devient source principale de création et de développement des normes au sein du dispositif du droit du travail. Et même si aujourd'hui des nuances doivent être apportées sur ce point, puisque l'État aménage et encourage de plus en plus ces rapports, il demeure que :

« Le droit du travail reconnaît ainsi le "travailleur en tant que membre d'un collectif doté d'un statut social au-delà de la dimension purement individuelle du contrat de travail" et participe à un processus de "désindividualisation" inscrivant les individus dans des collectivités plus larges. »⁴³

Cette divergence dans la hiérarchie des sources du droit du travail, s'explique en grande partie par le fait que ces deux pays sont issus de traditions juridiques différentes, et disposent d'institutions sociales de nature différente. Il s'agit là d'un aspect qui permet de mettre en lumière l'intérêt et la richesse d'une analyse comparée entre ces deux pays.

⁴² Cass. Ass. plé. 4 mars 1983, D. 1983 juris. 381, concl. Cabannes.

⁴³ Pierre VERGE, Guylaine VALLÉE, Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 28.

L'analyse ainsi campée à la fois dans sa dimension européenne et nord-américaine permet selon nous d'élargir les perspectives d'analyse et de réflexion sur un problème qui dépasse de beaucoup les frontières nationales.

Plus généralement sur l'approche comparée

L'étude comparée est aujourd'hui incontournable pour au moins deux séries de raisons. Elle est en effet non seulement nécessaire mais aussi utile car la conjoncture démontre que les rapports sociaux se nouent de plus en plus par-delà les frontières nationales. Une confrontation entre les droits devient dès lors inévitable. Dans un tel contexte, le droit international peut être amené à intervenir pour en démêler les situations ou au contraire servir de guide au législateur, aux partenaires sociaux nationaux.

Par ailleurs un autre phénomène vient se greffer au précédent. Il se traduit par un mouvement d'incitation au rapprochement, à l'uniformisation et à la convergence entre les législations nationales confrontées aux mêmes difficultés. La multiplication des accords transnationaux en témoigne et l'exemple européen est éclairant à cet égard. Dans ce contexte d'internationalisation, l'approche comparée devient nécessaire.

Elle est nécessaire dans la mesure où l'analyse comparée sert de base car « Les modèles nationaux (...) ne sont pas clos sur eux-mêmes. Ils ne cessent de s'influencer les uns les autres et ils sont tous soumis à des influences communes. »⁴⁴. La démarche dans un premier temps s'appuie sur une analyse descriptive des règles nationales, des institutions, de leurs fonctions respectives. À cette première phase succède une seconde dite explicative qui consiste à analyser les éléments dégagés précédemment et d'en éclaircir les fondements, d'intégrer de nouvelles variables capables d'expliquer la raison d'être d'une règle ou d'une institution. En somme l'intérêt de l'approche comparée est donc double, elle apporte la connaissance, la compréhension :

⁴⁴ A. SUPLOT, op. cit., note 32, p. 29.

« (...) le respect du droit étranger par sa connaissance (...) l'analyse des institutions étrangères pour le perfectionnement des nôtres (...) Et enfin, l'étude de droit comparé a un dernier mérite, qui, s'il n'est pas d'ordre pratique, n'en est pas moins fondamental, celui de bannir des esprits le chauvinisme juridique (...). »⁴⁵.

Dans le cadre de cette recherche il s'agit d'identifier l'encadrement juridique des formes de travail non salariées dépendantes et comprendre en quoi elles se distinguent du travail salarié pur et du travail strictement indépendant.

Les règles qui les gouvernent sont « écartelées entre *plusieurs* branches du droit (...), mais aussi entre des sources multiples (...) »⁴⁶. Cette remarque vaut aussi bien pour le Canada que pour la France. **Il n'existe pas un régime juridique mais de multiples régimes juridiques qu'il est nécessaire d'approfondir pour en tirer les données communes et, voir, s'il existe quelques points communs préliminaires à l'ébauche d'un droit de la dépendance**⁴⁷.

La méthode de droit comparé est toute destinée à un tel sujet. Selon René Rodière⁴⁸, son but consiste à :

« (...) dégager les constantes de l'évolution générale du Droit ou des rapports statiques des institutions entre elles ou entre les institutions et la politique générale des peuples, plus largement même des groupements humains. »

Ces constantes seront dégagées de la relation de dépendance non salariée pour tenter d'éclairer l'évolution du droit dans ce domaine.

L'auteur formule trois règles à la base de la méthode comparative :

« Première règle : (...) Il peut être intéressant de rechercher pourquoi les principes du droit divergent. Il est vain de comparer entre elles les diverses conséquences techniques dans leurs détails. Les systèmes juridiques qui

⁴⁵ Eric AGOSTINI, Droit comparé, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1988, p. 23.

⁴⁶ G. LYON-CAEN, op. cit., note 21, p. 7 (les italiques sont de l'auteur).

⁴⁷ Voir sur la difficulté à dégager un système cohérent qui selon cet auteur révèle alors toute sa richesse, dans Rodolfo SACCO, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, éd. Economica, 1991, p. 35.

⁴⁸ René RODIERE, Introduction au droit comparé, Barcelone, Dalloz, 1967, p. 11.

Cette dernière « mise au travail »⁵² a pour objectif principal de se soustraire aux contraintes sociales (par exemple : échapper à la législation sociale; aux normes minimales de travail, aux modalités de rupture du lien d'emploi). Cette construction contractuelle, fondée sur des fausses représentations, appelle des mécanismes de correction à part. Ces derniers doivent être distingués de ceux destinés au travail non salarié dépendant. Dans le cas du « faux » il est question de contournement de la loi; dans le cas du travailleur non salarié dépendant, on aborde la question du renouvellement des modes de régulation. La nature du problème requiert des solutions propres qu'il faut distinguer du travail non salarié dépendant. Le faux travailleur indépendant appelle une réflexion sur la meilleure façon d'endiguer l'usage qui en est fait. Il interpelle les questionnements suivants :

- Quels sont les moyens pour limiter le recours illégal au contrat d'entreprise?
- Faut-il combler le fossé législatif et protecteur qui sépare le contrat de travail du contrat d'entreprise?
- Faut-il renforcer les mesures de contrôle sur le terrain par le biais d'un corps d'inspecteurs?
- Faut-il multiplier les sources et les supports d'informations afin d'éduquer les travailleurs, les employeurs et les donneurs d'ouvrage?

La question du faux travailleur indépendant est contiguë au travailleur non salarié dépendant mais touche des problématiques différentes. On admettra facilement que juguler cette dérive demeure une préoccupation et une partie du problème qui se pose lors de la détermination du contrat de travail par rapport aux autres contrats. Il reste néanmoins que les enjeux relatifs à l'identification du travail non salarié dépendant restent à la fois cruciaux et appellent des solutions en soi qui nous invitent à délaissier le pan de la recherche qui traite du détournement des lois du travail.

L'analyse porte exclusivement sur les travailleurs non salariés dépendants. De cette analyse

⁵² Selon l'expression de Gérard COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 164.

ressortissent à des civilisations profondément opposées, ne doivent être comparées que dans leurs principes, et non dans les détails de leurs règles de droit.

Deuxième règle : Le droit comparé ne se ramène pas à la connaissance des lois étrangères; on ne doit pas comparer entre elles des règles isolées de leur contexte historique et culturel, il faut les comparer dans l'ensemble juridique auquel elles appartiennent et au regard de l'évolution historique dont elles ont dépendu.

Troisième règle : Le droit comparé ne se borne pas à confronter les normes extérieures; il s'efforce de dégager les courants réels de la vie juridique commune; le comparatiste ne doit pas borner son champ d'investigation au domaine des codes et des lois. Toutes les sources de droit doivent retenir son attention, et il doit d'abord en connaître les divers aménagements, variables suivant les systèmes juridiques considérés. »⁴⁹

L'approche juridique

Précédemment, on a évoqué l'éparpillement des sources légales comme difficulté majeure de cette recherche. Naturellement, à la diversité des lois on associe la diversité des institutions judiciaires susceptibles de rendre des décisions pertinentes intéressant notre sujet. Mais quelle méthode sera employée pour l'analyse des textes de loi (1) puis pour celle de la jurisprudence (2)?

Ce sont ces points qui seront analysés dans les pages subséquentes.

Mais au préalable il est important de préciser que notre approche globale est inductive. A partir du contenu des textes et de l'étude la jurisprudence, nous souhaitons mettre en exergue des grandes orientations, des tendances susceptibles de régler les imprécisions et imperfections de l'état actuel du droit sur cette question.

⁴⁹ *Id.*, p. 85 (Les italiques sont de l'auteur).

En ce qui concerne les textes légaux, nous procéderons à leur analyse dès lors qu'ils traitent d'une forme de travail dépendante, dont nous aurons préalablement fait un recensement. L'analyse portera sur le régime juridique de la relation de dépendance entre partenaires juridiquement indépendants avec comme point de départ la nature juridique du contrat. Or la législation sur ce sujet comporte encore de nombreux silences ou lacunes sur un plan strictement légal; l'analyse jurisprudentielle s'avère dès lors indispensable.

L'analyse de la jurisprudence permet de mieux aborder le problème de qualification juridique, puisque la réalité du contrat à saisir est rarement univoque sur ces aspects. Pour compléter ce travail, les décisions publiées les plus significatives des tribunaux spécialisés ou de droit commun du Québec⁵⁰ ont été retenues.

Quant aux décisions françaises⁵¹, leur repérage a été réalisé à l'aide des revues ou recueils juridiques.

⁵⁰ Pour sélectionner l'ensemble des décisions, nous utiliserons le travail effectué par un organisme, la Société Québécoise d'Informations Juridiques (ci-après nommée « S.O.Q.U.I.J. »), publié au Droit du Travail Express (ci-après nommé « D.T.E. ») ou au Jurisprudence Express (ci-après nommé « J.E. ») qui retient les décisions des institutions précitées pour publication, ou bien les résume; il s'agit donc de données secondaires. L'ensemble des données colligées par la S.O.Q.U.I.J. retient les critères de sélection suivants :

« Interprétation d'une convention collective ou d'une loi, point de droit intéressant, nouvelle tendance jurisprudentielle, illustration d'un fort courant jurisprudentiel, bonne analyse du sujet, intérêt en fonction du contexte socio-économique et bon éventail des sujets intéressant le domaine de relation de travail. » Société Québécoise d'Information Juridique, Droit du Travail Express, Notes explicatives.

⁵¹ Pour la France, la hiérarchie des normes, de même que la possibilité d'appel des décisions rendues en première instance par les tribunaux spécialisés tels que le Conseil des Prud'hommes ou par les tribunaux de droit commun, empêchent de conclure à l'autorité des solutions dégagées par ces tribunaux. D'ailleurs il est d'usage que la doctrine utilise le plus souvent, sinon exclusivement les arrêts de la Cour de cassation pour appuyer son point de vue juridique. Dans le cadre de cette recherche, l'échantillon sera constitué prioritairement des arrêts de la Cour de cassation, si nécessaire nous l'étendrons à un niveau hiérarchique inférieur, soit aux Cours d'appel.

Compte tenu des développements précédents et de l'orientation de la recherche, une analyse juridique a été retenue. L'échantillon est constitué de données tirées de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine.

DÉLIMITATION DE L'OBJET DE RECHERCHE RETENU

Le monde du travail est affligé par un double mal. D'une part, un mouvement interne d'effritement des formes de travail salarié classique et, d'autre part, un déploiement de formes de travail de plus en plus valorisées, admises ou imposées par les différents partenaires sociaux et économiques à l'extérieur de la sphère du travail salarié, et ce, pour des raisons parfois opposées ou plus simplement différentes, là où le droit du travail desserre son emprise au profit du droit commercial ou du droit civil. C'est précisément ce second mouvement auquel s'intéresse la présente recherche mais dont sont exclus les faux indépendants.

Les Bulletins civils de la Cour de cassation rassemblent exclusivement une sélection des décisions qui émanent de cette juridiction. La Cour de cassation se réunit en chambres. Les décisions de la chambre sociale, des trois chambres civiles, et éventuellement de la chambre commerciale nous intéresseront.

Il faut mentionner que les décisions de la Cour ne sont pas toutes publiées au Bulletin, toutefois celles qui le sont, correspondent à un choix délibéré fondé notamment sur le contenu de la décision.

En outre, il existe deux encyclopédies juridiques, l'Encyclopédie Dalloz et les Juris-classeurs des Éditions techniques d'origine privée dans lesquelles on retrouve traditionnellement quatre rubriques, celles de doctrine, parfois appelée chronique, de jurisprudence, et de législation et d'informations. La partie jurisprudence comprend le plus souvent les arrêts importants commentés ou bien font l'objet d'observations par un auteur. Des mises à jour sont ajoutées régulièrement, soit deux fois l'an pour l'Encyclopédie Dalloz et trimestrielles pour les Juris-classeurs des Éditions techniques.

Cette dernière « mise au travail »⁵² a pour objectif principal de se soustraire aux contraintes sociales (par exemple : échapper à la législation sociale; aux normes minimales de travail, aux modalités de rupture du lien d'emploi). Cette construction contractuelle, fondée sur des fausses représentations, appelle des mécanismes de correction à part. Ces derniers doivent être distingués de ceux destinés au travail non salarié dépendant. Dans le cas du « faux » il est question de contournement de la loi; dans le cas du travailleur dépendant non salarié, on aborde la question du renouvellement des modes de régulation. La nature du problème requiert des solutions propres qu'il faut distinguer du travail non salarié dépendant. Le faux travailleur indépendant appelle une réflexion sur la meilleure façon d'endiguer l'usage qui en est fait. Il interpelle les questionnements suivants :

- Quels sont les moyens pour limiter le recours illégal au contrat d'entreprise?
- Faut-il combler le fossé législatif et protecteur qui sépare le contrat de travail du contrat d'entreprise?
- Faut-il renforcer les mesures de contrôle sur le terrain par le biais d'un corps d'inspecteurs?
- Faut-il multiplier les sources et les supports d'informations afin d'éduquer les travailleurs, les employeurs et les donneurs d'ouvrage?

La question du faux travailleur indépendant est contiguë au travailleur non salarié dépendant mais touche des problématiques différentes. On admettra facilement que juguler cette dérive demeure une préoccupation et une partie du problème qui se pose lors de la détermination du contrat de travail par rapport aux autres contrats. Il reste néanmoins que les enjeux relatifs à l'identification du travail non salarié dépendant restent à la fois cruciaux et appellent des solutions en soi qui nous invitent à délaisser le pan de la recherche qui traite du détournement des lois du travail.

L'analyse porte exclusivement sur les travailleurs non-salariés dépendants. De cette analyse

⁵² Selon l'expression de Gérard COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 164.

sont exclus les travailleurs salariés au sens strict, de même que les travailleurs rigoureusement indépendants. L'objet de la recherche se situe donc entre ces deux extrêmes. Il tente de mieux comprendre ces travailleurs salariés « indépendants » qui ont été rapatriés avec plus ou moins d'adresse dans le giron du droit du travail et qu'on nomme les travailleurs indépendants dépendants. Ce mouvement de requalification fut rendu possible et consacré grâce à l'hégémonie antérieure du droit du travail. Mais on s'attachera également à l'étude des indépendants placés en situation de dépendance.

Globalement, le sujet couvre un nombre varié de situations, un dégradé allant de la dépendance à l'indépendance ce qui explique l'approche retenue qui se déroulera en trois temps.

De façon préliminaire, il conviendra de jeter les bases théoriques de la dépendance en droit du travail et en droit des contrats. Par la suite, nous étudierons les formes de travail selon deux axes d'analyse; une première partie traitera du phénomène d'importation des dépendants en qualité de salariés dans le droit du travail (**Partie 1**), et une seconde s'attachera à mettre en lumière le phénomène d'exportation du droit du travail vers des non-salariés (**Partie 2**). Enfin, au terme de ces analyses, l'hypothèse de l'émergence d'un droit de la dépendance sera présentée et discutée (**Partie 3**).

PARTIE PRÉLIMINAIRE - FONDEMENTS ET APPRÉHENSION DE LA DÉPENDANCE

« Et il fallait que le droit se pliât à ce monde nouveau, qu'il donnât satisfaction à cette justice nouvelle, dont le principe reste immuable, mais qui pour rester la justice, doit se plier elle-même aux transformations économiques et sociales qui se produisent »¹

La théorie juridique classique véhiculée par le droit civil et supportée par la doctrine économique libérale avait jeté les bases d'une relation égalitaire fondée sur l'autonomie de la volonté. Rapidement, cet idéal allait se heurter à la réalité des rapports humains placés sous l'angle de l'injustice. Dans ce contexte et tant au cours du XX^e siècle, le droit du travail posa des principes qui, à bien des égards, prenaient le contre-pied de ceux émis par la doctrine libérale dont la théorie générale des contrats s'était faite l'écho. En effet, ce droit se « dévouait » à la protection physique et morale ainsi qu'à la sécurité financière des salariés². Il faut cependant noter que la doctrine³ a souligné depuis les vingt dernières années le rôle ambigu joué par le droit du travail. Un rôle pas seulement dédié à la cause

¹ Raymond SALEILLES en préface de l'ouvrage de François GÉNY, Méthode d'interprétation et service en droit privé, coll. « Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine », Paris, Chevalier-Marescq, 1899, 606 p., p. III.

² Pierre VERGE, Guylaine VALLÉE, Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 32 et suiv. (les fonctions du droit du travail).

³ Voir à ce propos, les développements de Gérard LYON-CAEN, dans Francis COLLIN et al., Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, P.U.G., 1980, 281 p., p. 257 et suiv. ainsi que la partie traitée par Antoine JEAMMAUD intitulée « Les fonctions du droit du travail » p. 151 et suiv.

Pour le Canada, voir à ce propos, Judy FUDGE, Eric TUCKER, Leah VOSKO, The Legal Concept of Employment, Report for the Law Commission Canada, October 25, 2002, 142 pages, p. 41.

des salariés, mais une forme de compromis entre la préservation de « l'organisation capitaliste du travail et de la vie sociale »⁴ et la protection des intérêts de ces derniers. Malgré cette ambiguïté originelle, il est considéré comme un droit progressiste, qui a su, en marge de code civil, bâtir sa propre autonomie.

Aujourd'hui cet édifice propre au droit du travail est ébranlé. La « collectivité travail » ne se centre plus autour du contrat de travail mais accorde sa confiance à de nouvelles formules contractuelles⁵. Elles ne sont pas pour autant exemptes de déséquilibres. Ainsi, de nombreuses modalités de travail qui apparemment comportent toutes les caractéristiques du statut de salarié se multiplient et provoquent différentes situations de dépendance qui se retrouvent en marge de l'application des normes du droit du travail et des protections qui leurs sont afférentes. Quels sont dès lors les mécanismes de protection sollicités? En existe-t-il? Ne revient-il pas au droit du travail d'exercer ici son emprise? Ce serait là l'activation légitime de sa fonction protectrice. S'il n'y parvient pas, est-ce à dire que sa fonction protectrice est remise en cause? Dès lors le droit du travail ne se trouve-t-il pas confronté à un problème identitaire? Au profit de quelle relation contractuelle cette évasion s'est-elle réalisée? C'est sans compter l'effritement du rôle de protection au cœur même du droit du travail dont il avait sans conteste l'antériorité historique. Ce questionnement est d'autant plus pertinent que dans le même temps le droit civil amorce une véritable « révolution paradigmatique »⁶ destinée à mieux intégrer les pratiques contractuelles nées des nouvelles exigences économiques.

⁴ A. JEAMMAUD, *id.*

⁵ Jean DE MAILLARD, Patrick MANDROYAN, Jean-Paul PLATTIER, Thierry PRIESTELEY, « L'éclatement de la collectivité de travail: observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi » (1979) 9-10 *Droit social* 323-338; Philippe DELEBECQUE, « Les contrats, vecteurs de l'externalisation » (1998) 147 *Petites affiches* 9-13; Brian A. LANGILLE, Guy DAVIDOV, « Beyond Employees and Independent Contractors: A View From Canada » (1999) 21:7 *Comp. Labor Law and Pol'y Journal*, 30-32.

⁶ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *Revue de droit de McGill* 903-952, p. 908.

Dès lors, le combat initié et entériné par le droit du travail en faveur d'un rééquilibrage de la relation contractuelle dépendante pourrait se voir déplacer vers d'autres champs disciplinaires du droit. Il est alors apparu important d'analyser ces formes de travail à travers la notion de dépendance. Certes cette notion comporte plusieurs défauts. Elle n'apparaît pas comme un concept juridique clairement établi mais plutôt comme un phénomène socio-économique. Elle n'évoque pas non plus de dispositions législatives claires ni ne permet d'identifier un contentieux jurisprudentiel fort, ni même une unicité conceptuelle ou une « cohérence matérielle »⁷.

L'étude du travail non salarié dépendant offre un moyen unique pour analyser la réalité des nouveaux rapports de travail de dépendance, dans le cadre d'un repositionnement paradigmatique des deux sphères, celles du droit civil et du droit du travail. Cette approche permet de dépasser le clivage des contrats et des catégorisations juridiques. Elle est une lunette d'observation qui devrait permettre de dégager une certaine unité en tentant de sortir des analyses souvent cloisonnées, entreprises soit par les travaillistes, soit par les civilistes. En somme la démarche consiste à jeter un pont entre ces deux sphères du droit, par le biais du concept de dépendance.

Afin d'entreprendre cette démarche, un premier regard sera jeté sur les fondements théoriques propres au droit des contrats et au droit du travail afin d'y déceler la place accordée à la notion de dépendance (**Chapitre 1**). En second lieu et une fois les fondements théoriques éclaircis, on cherchera à analyser de quelle façon le droit civil et le droit du travail ont appréhendé la dépendance. De ces deux analyses il ressort une zone commune qui, dans les faits, reste marginalement appréhendée, la « zone grise ». Cette zone est précisément celle qui intéresse notre objet de recherche puisqu'elle cerne de près le travail non salarié dépendant. Il s'agit alors de dégager les mécanismes juridiques qui attestent de son existence (**Chapitre 2**). À cet exercice d'appréhension de la zone grise suivra, celui

⁷ Id. 918.

d'insertion du travail non salarié dépendant dans une dynamique théorique en voie de construction (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1 - FONDEMENTS DE LA DÉPENDANCE EN DROIT DES CONTRATS ET EN DROIT DU TRAVAIL

La doctrine⁸ a utilisé le concept de la dépendance à plusieurs reprises pour appeler de ses vœux la création d'un droit dit « catégoriel », capable d'appliquer des règles de droit en fonction de la qualité des personnes; le consommateur, l'assuré, l'employé furent de ceux-ci. Pourtant il n'existe toujours pas un droit qui ait systématisé cette approche. Fallait-il pourtant s'arrêter au fait que la notion de dépendance n'offre dans le droit positif aucun rattachement légal clair pas plus qu'une unicité de sens? Nous ne le pensons pas pour plusieurs raisons.

D'une part, il apparaît clairement qu'un usage de la notion émerge de la pratique jurisprudentielle et de la doctrine pour légitimer l'octroi de mesures de protection. La notion est dans tous les esprits mais, elle est écartée d'une reconnaissance juridique formelle. D'autre part, un simple détour historique permet de mieux saisir les fondements de la notion de dépendance et d'en extraire toute la richesse de sens à travers l'évolution du droit des contrats et du droit du travail. En effet, l'application des lois du travail et l'octroi du statut de salarié repose sur l'existence d'un salarié et non d'un entrepreneur. En droit civil, cette distinction reste importante pour l'application des mécanismes de responsabilité civile. Aussi la distinction entre salarié et entrepreneur indépendant est d'intérêt tant pour le droit civil que pour le droit du travail. La jurisprudence des deux corpus législatifs reste à cet égard pertinente. La dépendance reste « une condition de droit ou de fait juridique si elle procède d'un contrat ou de la loi; économique si elle résulte d'un rapport économique »⁹. Alors que la notion de subordination reste accaparée par le droit du travail,

⁸ Voir Georges VIRASSAMY, « Les relations entre professionnels en droit français », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaison franco-belges, Paris, L.G.D.J., coll. « Biblio. de droit privé », Tome 261, 1996, 675 p., p. 479 et suiv. note 4

⁹ Ville de Brossard c. Syndicat des employés de la Ville de Brossard (CSN), TT, n° 500-28-000083-89, 31 mai 1990, (j. Marc Brière), 9.

la notion de dépendance permet de comprendre la subordination en plus que d'autres situations entendues plus largement. En dernier lieu, de cet exercice, se dégagent au coeur des mutations observées, les concepts de liberté et d'égalité comme une « dialectique constante entre les aspirations individualistes et les exigences du groupe »¹⁰. Cette dialectique demeure fondamentale pour expliquer l'émergence et l'intérêt de la notion de dépendance.

Tout comme on est convaincu au début du XIX^e siècle que l'éden économique passe par le libéralisme, on est aussi assuré que le contrat conduit forcément à l'Harmonie puisque voulu (**Section 1**). Mais la liberté conçue comme le bien ne résistera qu'un temps, les événements se chargeront de donner un rude démenti à de telles assertions. En contrecarrant les postulats de la théorie générale des contrats et en mettant l'accent sur le sujet de la relation de travail, le droit du travail affirmera la notion de dépendance (**Section 2**).

¹⁰ Bruno OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence » (1995) R.S.M.P. 247 p. 246.

Section 1 - Les fondements de la dépendance en droit des contrats : la dépendance refoulée

« La métamorphose qui s'opère à la fin du XVIII^e siècle (...) [il s'agit alors de] recomposer l'ensemble de la société sur une base contractuelle. (...) Cette nouvelle règle du jeu ne va donc pas promouvoir de protections nouvelles, et aura au contraire pour détruire ce qui restait d'appartenances collectives, accusant ainsi le caractère anémique de l'individualité « négative » (...) Mais on comprend aussi que (...) tout le mouvement qui aboutit à la société salariale ait consisté à dépasser la friabilité de l'ordre contractuel pour acquérir un statut, c'est-à-dire une valeur ajoutée par rapport à la structure purement contractuelle de la relation salariale. »¹¹

À partir de ce travail de mise en perspective historique, la notion de dépendance apparaît sous une réalité contrastée. Au cours de la première période, les idéaux libéraux auront pour souci de faire table rase de la structure féodale de la société. Dans cette perspective, il est inutile d'entrevoir un avenir prometteur pour la notion de dépendance.

Plus tard, face aux excès de la doctrine libérale, l'éclosion de droits dits spéciaux tente de rétablir l'équilibre rompu, de dégager des solutions adéquates au domaine concerné. Et le premier à se démarquer des concepts de la théorie juridique classique sera le contrat de travail qui, au gré du temps, allait gagner en autonomie vis-à-vis du droit civil.

¹¹ Robert CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale - Une chronique du salariat, coll. « L'espace politique », Mesnil-sur-L'Estrée, éd. Fayard, 1995, 490 p., p. 465-466.

§-1. L'origine et les fondements philosophiques de la théorie juridique classique : philosophie économique libérale et philosophie individualiste

Il convient de replacer la théorie générale des contrats dans les grands mouvements économiques, philosophiques et politiques qui ont animé la fin du XVIII^e siècle. Il ne s'agit nullement de prétendre à une analyse exhaustive des facteurs d'évolution au demeurant complexes et enchevêtrés. Plus modestement il s'agit de jeter les bases idéologiques de la théorie générale des contrats.

C'est en effet sous l'impulsion de l'idéologie individualiste et libérale que prendra corps cette théorie. Cette idéologie est avant tout une force d'émancipation considérable soulevée à l'encontre du cadre féodal et des corporations. À eux deux, ils symbolisent la dépendance rigoureuse, la tutelle de l'individu, son enfermement dans une hiérarchie minée par le népotisme, les privilèges et la réticence aux changements.

Au tournant du XVIII^e siècle, la société jette à plat ces certitudes et fait émerger du néant l'individu. Dès lors l'État, l'individu et le contrat se placent au centre de la société, créant par là même une force d'émancipation destinée à briser le cadre féodal. Les rapports sociaux se redessinent alors autour du contrat.

L'idéal de justice est désormais placé entre les mains de l'individu. Un individu libre et agissant qui, dans la vision optimiste de Locke, prend l'allure suivante :

« Les hommes étaient tous naturellement libres, égaux et indépendants, nul ne peut être tiré de cet état, et être soumis au pouvoir politique d'autrui, sans son propre consentement, par lequel il peut convenir, avec d'autres hommes, de se joindre et s'unir en société pour leur conservation, pour leur sûreté mutuelle, pour la tranquillité de leur vie, pour jouir paisiblement de ce qui leur appartient en propre (...) »¹²

¹² John LOCKE, Essai sur le gouvernement civil 1690, cité par Jean-Jacques CHEVALLIER, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, coll. « U », Paris, Armand Colin, 1986, 301 pages, p. 74.

À ce courant philosophique s'ajoute un renouveau de la pensée économique, l'École libérale animée par Adam Smith. Le travail, sera désormais placé au centre de l'activité humaine; sa valeur constitue «l'étalon de la richesse »¹³ :

« La plus sacrée et la plus inviolable de toutes les propriétés est celle de sa propre industrie (au travailleur), parce qu'elle est dans la force et dans l'adresse de ses mains; et l'empêcher d'employer cette force et cette adresse de la manière qu'il juge le plus convenable, tant qu'il ne porte dommage à personne, est une violation manifeste de cette propriété primitive. C'est une usurpation criante sur la liberté légitime, tant de l'ouvrier que de ceux qui seraient disposés à lui donner du travail »¹⁴

De ce fait, la fonction prioritaire du droit va être d'accompagner sinon d'impulser la libération du travail. C'est ainsi que « le politique se contractualise et le contrat se politise autour du principe de l'autonomie de la volonté (...) » résume brillamment Louise Rolland¹⁵.

La figure marquante de ce courant, Jean-Jacques Rousseau, dans «Du contrat social» (1762) imagine ce qu'était l'état de nature dans lequel vivaient les Hommes avant l'avènement de la société. Le problème soulevé consiste alors à voir comment il serait possible de concilier la nécessité du gouvernement et la soif de liberté? L'idée du Pacte social apparaît alors, sous la forme de deux propositions. Chaque individu abandonne tous ses droits à la communauté et chacun acquiert sur les autres autant de droits qu'il en a lui-même abandonnés. Certains commentateurs de son œuvre diront qu'il a créé « (...) un

¹³ Norbert OLSZAK, Histoire du droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1999, 128 p., voir la première partie de son ouvrage « La libération du travail », p. 15-48.

¹⁴ Adam SMITH, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1^{ère} éd., 1776, p. 252, cité par R. CASTEL, op. cit., note 11, p. 175.

¹⁵ L. ROLLAND, loc. cit., note 6, 910.

ordre entièrement nouveau et d'un ordre nécessairement juste par le contrat »¹⁶. Les intérêts individuels s'effacent alors derrière le collectif par le contrat social. Ce contrat devient le fondement même de la loi, laquelle instaure la liberté et l'égalité entre les individus par la puissance de la volonté générale. De l'ensemble de son œuvre Chevallier¹⁷ dira : « Rêve individualiste au début mais qui s'achève en rêve communautaire et étatiste (...) »

Plusieurs principes juridiques émergent comme la traduction fidèle de ces courants économiques, philosophiques et politiques. La volonté humaine est placée au centre des rapports humains. Elle est le symbole de la liberté, de l'émancipation de l'être et rien ne peut la limiter : « Contract – The language of the cases tells us – is a private fair and not a social institution »¹⁸

Une exception existe cependant car la loi doit intervenir mais, simplement, pour entériner et sécuriser la relation contractuelle. La consécration de l'impérialisme de l'autonomie de la volonté sera palpable dans l'esprit qui alimentera la rédaction du Code civil tant au Québec qu'en France¹⁹.

C'est ainsi sur ce terreau philosophique, politique et économique que sera avancée avec les encyclopédistes, la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans un tel contexte, il est facile d'expliquer l'aversion profonde de la modernité naissante envers tout ce qu'exprime l'idée d'une quelconque dépendance, d'un assujettissement. Transposé sur le plan juridique, le

¹⁶ M. Halbwachs, cité par J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 12, p. 111.

¹⁷ *Id.*, p. 129.

¹⁸ Friedrich KESSLER, « Contracts and Power in America » in, Donald BLACK, Maureen MILESKEI (éd.), *The Social Organization of Law*, New-York, éd. Seminar Press, 1973, 405 p., p. 168.

¹⁹ Marie France BICH, « Droit du travail québécois : Genèse et génération », dans Patrick GLENN, (dir.) *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 528.

contrat devient dans la société moderne le véhicule parfait de l'émancipation grâce à la doctrine de l'autonomie de la volonté.

§-2. *La doctrine de l'autonomie de la volonté : un principe juridique issu de la théorie générale des contrats.*

La traduction juridique de ces mouvements de pensée va s'inscrire dans la théorie générale des contrats et placera au centre de l'analyse le principe de l'autonomie de la volonté (1), principe qui imprègnera le Code civil en France et au Québec mais aussi la common law (2).

(1) *L'autonomie de la volonté
: définition et fondements*

L'individu placé au centre de l'organisation sociale est alors considéré comme un être animé d'une volonté libre, capable de s'engager; c'est la doctrine de l'autonomie de la volonté dont la source peut être dégagée du droit canonique :

« (...) qui a cherché à implanter profondément dans la conscience humaine le respect de la **parole donnée** sous quelque forme matérielle que la volonté se soit manifestée. Fortifiés par l'école du droit naturel et, au XVIII^e siècle, par les philosophes, le rôle créateur de la volonté et de la toute puissance du contrat ont été consacrés (...) »²⁰

À cette doctrine, deux corollaires s'imposent; la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Reprenons chaque élément. La liberté s'exprime pleinement et les entraves ou les obstacles qui se dressent à son encontre sont exceptionnels et circonscrits. L'adage « tout ce qui n'est pas défendu est permis » résume bien cette idée. Ainsi l'individu est

²⁰ Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome VI Obligations, Paris, L.G.D.J., 1930, 1003 pages, p. 21 (le gras est notre ajout).

libre de se lier ou non sans formalisme sur tout sujet et, à l'égard de toute obligation à laquelle il veut bien consentir; on exprime ici le principe de la liberté contractuelle. Mais la cohésion sociale ne peut être maintenue ou recréée que dans la mesure où cette liberté s'accompagne d'un instrument capable de sceller l'engagement. C'est ce raisonnement qui est à la base du **principe de la force obligatoire**. Il verrouille la cohérence du système puisqu'il reconnaît la volonté souveraine des parties. Les parties ont voulu et les conventions tiennent lieu de lois entre ceux qui se sont liés.

Dans un premier temps, la doctrine libérale par l'exaltation de la volonté souveraine, sert **de corset à la notion de dépendance**. L'air du temps n'appuie en rien l'idée d'un désavantage et encore moins d'un déséquilibre entre deux cocontractants dont le contrat est l'instrument d'une volonté absolue, car « qui dit contractuel, dit juste »²¹. La volonté, fruit de l'expression de la liberté humaine, s'exprime et soude juridiquement les rapports humains; dès lors, « (...) la liberté contractuelle tient le droit à distance (...) [et] la sécurité contractuelle appelle le droit. La volonté individuelle doit lier en droit »²²; elle est sacrée²³. Cette expression de la toute puissance des rapports juridiques ne laisse pas la place à une quelconque valeur corrective de ce postulat, à peine de raviver les démons de l'époque féodale²⁴.

²¹ Citation célèbre de Fouillée.

²² L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 6, 910.

²³ Certains auteurs ont d'ailleurs justement ancré le principe de la force obligatoire du contrat dans l'histoire ancienne du droit et notamment, le droit romain et le droit canon : « on peut relever tant dans les efforts du droit romain pour faire prévaloir le *voluntas* sur la forme que dans l'accent mis par le droit canonique sur la valeur de l'engagement de l'être humain et sur le caractère contraignant de la parole donnée. », dans Pierre RAYNAUD, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX (dir.), Répertoire droit civil, Dalloz, v° Contrats et conventions, Tome 4, para. 9, p. 4.

²⁴ Le pouvoir monarchique et la structuration des corporations, voir à ce sujet André BRUN, Henri GALLAND, Droit du travail, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p.; et aussi R. CASTEL, *op. cit.*, note 11, p. 385 et surtout Jacques GHESTIN, Droit civil - Les obligations - Le contrat, Paris, L.G.D.J., 1980, 846 pages, p. 21-31.

*(2) L'influence de la doctrine
libérale sur le droit civil et la
common law*

À l'aube de la codification, l'univers social philosophique et politique soutient ardemment ces idées. Il n'est dès lors pas étonnant qu'au cours du processus de codification, pour les pays civilistes, les textes s'imprègnent de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Il en sera ainsi pour le Code civil de 1804 et le Code civil du Bas-Canada de 1866²⁵. Libéré des chaînes féodales, le véhicule privilégié de l'expression de la volonté humaine devient le contrat. On lui voue dès lors une confiance aveugle tant la croyance qu'il inspire et l'esprit de justice qu'il soutient sont ancrés. Le contrat devient l'outil de libération. Le rapport aux choses se redessine et la matérialité, la valeur et l'utilité en deviennent l'étalon.

Cette croyance absolue en l'expression de l'autonomie de la volonté et en sa matérialisation résiste un temps à la critique. Temporiser ou limiter une telle croyance eût été un frein à l'espoir que suscitait le renouveau d'une structure sociétale en pleine recomposition. Or, malgré le danger que pouvait inspirer une telle démarche, les critiques à l'égard de la société nouvellement constituée ne tardèrent pas à être avancées timidement²⁶ en premier lieu, puis de façon plus ostensible par la suite. Ce moment est apparu quand furent avancés les méfaits d'une relation contractuelle « horizontale », pour reprendre l'expression de Louise Rolland, mais qui appliquée à la réalité se révélait source de distorsion et d'injustice.

²⁵ Jean-Louis BEAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, Les obligations, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.93; John, W. CAIRNS «Employment in the Civil Code of Lower Canada: Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », (1987) 32 McGill Law Journal 673.

²⁶ Par exemple en droit français, la lésion n'était alors envisagée que pour le partage et la vente immobilière; au Québec, entre majeurs elle n'était pas source de nullité (art. 1012 du Code civil du Bas-Canada).

Mais cette doctrine de l'impérialisme contractuel sera pourfendue par le mouvement réaliste qui s'appuie, non plus sur un idéal, mais sur les inégalités criantes auxquelles donne naissance le précédent régime.

Section 2 - Les fondements de la dépendance en droit du travail

*« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »
Lacordaire²⁷*

Progressivement le contrat de travail s'est émancipé face à son cadre géniteur; il n'a pas pour autant renié ses origines issues de la théorie économique mais s'est cependant ménagé une certaine spécificité sur fond de controverse. Dans un premier temps les faits se sont chargés de révéler les profondes contradictions issues de l'application des principes de la théorie générale des contrats au travail (§-1), dans un second temps le cadre législatif s'appliquant à une partie du travail a été appelé à renier certains postulats de la doctrine libérale. Mais à la lumière des récents développements que connaît la théorie générale des contrats, la spécificité du droit du travail a perdu de sa superbe (§-2).

²⁷ H.D. LACORDAIRE, Conférence Notre-Dame de Paris, T. III, Paris, 1848, p. 246.

§-1. *La controverse sur le travail humain dans les faits : entre le sujet et l'objet*

« L'environnement tout entier se prêtait mieux à la garde du bétail qu'au séjour des humains; au premier reniflement, un cochon bien dressé aurait grogné de désapprobation. »²⁸

Cet extrait illustre deux aspects importants de la controverse attachée au travail humain. Il y a à la fois l'enjeu de la reconnaissance du travail humain et son assimilation à un objet aux cours de la période d'industrialisation. Dans le Canada contemporain, la Cour suprême a réitéré à plusieurs reprises les liens étroits qu'entretient le travailleur avec son travail, reprenant en ce sens la fameuse thèse du Professeur Beatty :

« 91 Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. En recherchant ce que signifie pour l'individu le fait d'avoir un emploi, le professeur David M. Beatty, dans son article intitulé "Labour is Not a Commodity", dans *Studies in Contract Law* (1980), donne la description suivante, à la p. 324 :

[TRADUCTION] En tant que véhicule qui permet à l'individu d'atteindre le statut de membre utile et productif de la société, l'emploi est perçu comme permettant de reconnaître qu'il s'adonne à une activité valable. Il lui donne le sens de son importance. Par la réalisation de nos aptitudes et par l'apport

²⁸ Extraits de l'ouvrage, Edmund W BRADWIN, *The Bunkhouse Man: A Study of Work and Pay in the Camps of Canada 1903-1914*, New York, Columbia University, 1928. Citation traduite issue du site du Musée de la guerre, disponible à l'adresse suivante : <http://www.museedelaguerre.ca>

d'une contribution que la société juge utile, l'emploi finit par représenter le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres. C'est par cette institution que la plupart d'entre nous acquérons, pour une grande part, le respect de soi et la dignité personnelle. »²⁹

Depuis l'avènement de la législation du travail, un travail conséquent de la doctrine a été réalisé en vue d'éclairer la **dimension personnaliste du contrat de travail**. Sans doute était-ce là un moyen de l'extirper de la classification « louage de choses » classiquement retenue par la doctrine libérale. Ses détracteurs affirmaient ironiquement qu'il s'agissait là d'une « théorie du contrat sans sujet »³⁰.

La dimension irréductible de la personne humaine lors de l'exécution du contrat de travail demeure encore difficile à définir sans emprunter les chemins de la controverse doctrinale³¹ et idéologique. Et pour cause, le travail appréhendé dans toutes ses facettes est tout à la fois une contribution à l'appareil productif capitaliste mais, aussi, un moyen de subsistance, de satisfaction des besoins et une source d'épanouissement personnel. De ce modèle chosifié de la relation contractuelle, il demeure que le travail humain reste incompressible. Le contrat de travail véhicule des intérêts foncièrement divergents.

Pour expliquer la spécificité du contrat de travail, Thierry Revet³² a démontré dans sa thèse intitulée « La force de travail » que ce contrat n'était qu'une catégorie particulière du louage de chose, le louage de services. Tout comme le locataire devient « propriétaire »

²⁹ Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313 (juge en chef Dickson dissidence); décision confirmée par Machtinger c. HOJ Industries Ltd., [1992] 1 R.C.S. 986; p. 1002 (dans les considérations de principe); Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 R.C.S. 701 (juge Iacobucci para 95; Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94 (j.Baistrache) para 37; R. c. Advance Cutting & Coring Ltd., [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70.

³⁰ Jacques LE GOFF, Droit du travail et société – Relations individuelles, coll. « Petit traité de droit du travail », Les pûrs, Rennes, P.U.Rennes, 2001, 1015 pages, p. 113.

³¹ Voir à ce propos la controverse rapportée par Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, LITEC, 1992, 727 p., p. 53.

³² Id.

des fruits de la chose qu'il loue, l'employeur devient à son tour propriétaire du fruit de la force de travail du salarié (« L'exploitant de la force de travail »)³³.

Au moyen de l'intégration du travail dans la théorie des biens, l'auteur démontre le mécanisme par lequel la dimension intrinsèquement personnelle de l'Être se trouve réifiée. La notion de subordination juridique en est la clef, elle sert « l'objectivisation de la force de travail »³⁴. Elle rend légitime l'appréhension de la force de travail comme une chose ordinaire, modelée pour intégrer les catégories préétablies des codes civils.

« L'existence de la force de travail comme réalité objective est donc le fruit d'une atteinte à la subjectivité du débiteur : elle est tout ce qui, dans la personne de ce dernier, relève de la volonté du créancier »³⁵

Est-ce au prix de cette contorsion idéologique que le droit du travail a évolué? L'auteur l'affirme et précise que « le droit du travail ne remet pas en cause l'essentiel du rapport de travail : il se contente de l'encadrer, de le rationaliser »³⁶.

Mais cet alignement du louage de service sur le louage de chose est loin d'être parfait, car l'appréhension de la force de travail se réalise comme une chose certes mais non ordinaire, selon les termes de Thierry Revet. Ainsi, nombreux sont les pans de la personne même du salarié qui demeurent hors d'atteinte de la relation contractuelle, comme par exemple la préservation de la vie privée du salarié. Rien d'étonnant dès lors que le contrat de travail et le droit qui l'encadre, optent naturellement en faveur d'une conception plus personnaliste de la relation de travail.

³³ *Id.*, p. 258.

³⁴ *Id.*, p. 86-89.

³⁵ *Id.*, p. 88 (l'auteur met en gras).

³⁶ *Id.*, p. 89.

Muriel Fabre-Magnan³⁷ s'est également intéressée à l'objet du contrat de travail; elle pousse le débat en s'interrogeant sur ce que le salarié s'engage à mettre à la disposition de l'employeur. Elle renie la thèse de Revet sur un point; selon elle, l'indisponibilité de la personne humaine fait en sorte que l'on ne peut assimiler la force de travail à un bien. Le contrat de travail ne peut dès lors se ranger sous la rubrique de louage de chose, puisque l'on parle d'un sujet et non d'un objet. Son objet consiste à « (...) mettre à disposition d'autrui sa force de travail faute de pouvoir détacher celle-ci du corps du salarié. (...) *La subordination apparaît comme le substitut de la dépossession(...)* »³⁸ Pour terminer elle souligne que ce critère peut a priori comprendre « le travail, même exercé de façon complètement indépendante comme celui d'un médecin(...) dès lors que le travail effectué profite, au moins partiellement, à un autre. »³⁹ L'objet du contrat de travail serait selon la vision extensive de l'auteur « le fait qu'il donne à une personne une certaine emprise sur autrui »⁴⁰.

Cette réflexion sur l'objet du contrat de travail même si elle demeure contemporaine⁴¹ sera au cœur de nombreuses controverses. Il ne faut pas s'y méprendre, au XIX^e siècle la consécration de l'individualisme n'accorde aux travailleurs ni leur libération des tutelles, ni un idéal de justice. C'est précisément l'absence de prise en considération du sujet qui sera au cœur des développements du droit du travail émergent.

³⁷ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », dans Alain SUPIOT (dir.), Le travail en perspectives, coll. « Droit et société », Vol. 22, Paris, éd. L.G.D.J., 1998, p. 101-124.

³⁸ Id., p. 119 (les italiques sont dans le texte).

³⁹ Id.

⁴⁰ Id., p. 123.

⁴¹ La notion de « travail décent » dégagée par l'O.I.T. n'est pas étrangère à cette réflexion. Cette notion mêle étroitement le travail et la dignité de la personne.

§-2. *La controverse sur le plan juridique : la théorie générale des contrats ou la dépendance intrinsèque*

On peut difficilement admettre que le travail fut livré tout entier à la théorie générale des contrats (2). Un simple retour en arrière dans l'histoire du travail montre et en particulier en Angleterre qu'il n'était pas impudent de livrer le travail humain à la force (1).

(1) La théorie générale des contrats appliquée au travail : la dépendance intrinsèque

« The legal tradition of compulsory work for fixed wages under the threat of penalty together with laissez-faire economic attitudes resulted in a view of contract of employment more rooted in the 14th than the 18th or 19th century. »⁴².

L'histoire a laissé quelques stigmates sur ce point. C'est au XIV^e siècle à l'issue de la terrible peste noire de 1348, que le législateur britannique entreprend d'endiguer le manque de main-d'oeuvre au moyen de deux obligations, celle du devoir de travailler (« the duty to labor ») et celle du devoir d'accomplir le travail en conformité avec les règles (« duty to perform that labor according to fixed and defined standards »)⁴³. Cette mesure est suffisamment éloquente pour illustrer la perception retenue à cette époque à l'égard du travail. D'ailleurs cette mesure n'est pas isolée; reprise sous le règne d'Élisabeth, elle ne fera que se raffiner et scellera l'idée d'une force de travail « objet » capable d'être

⁴² The Canadian Encyclopedic Digest (Western) 3rd ed., Vol. 11 C., part II, Carswell, june 1987.

⁴³ Id.

contrainte à loisir.⁴⁴ Nullement étonnant alors que longtemps l'artisan va mettre à la disposition du maître d'ouvrage sa capacité de travail, au même titre que s'il louait une chose. Au tournant du XVIII^e siècle, la révolution libérale s'appuie sur la répression de l'action collective⁴⁵ et sur quelques principes du Code civil⁴⁶ pour libérer le travail des structures de l'ancien Régime⁴⁷. Mais plus que cela, la main d'œuvre reste rigoureusement encadrée pour tenter d'endiguer la pénurie de personnel liée aux différentes guerres (cas de la France), la discipliner et la fixer à un employeur⁴⁸.

Au total, en dehors du travail libre livré pleinement aux principes de la philosophie libérale, l'activité travail reste rigoureusement encadrée par un corpus de règles spécifiques imposé : « (...) contrary to the conventional story, for most of the nineteenth century (...) the law fixed many of its incidents in a manner that conferred upon servants a distinct and subordinate status. »⁴⁹ D'ailleurs, le sociologue Robert Castel fait le même constat : « Le vieux paradigme du travail forcé n'est donc pas récusé alors même que se constitue l'embryon d'un salariat « moderne ». Bien plutôt, il accompagne et tente d'encadrer ses premiers développements. ». Et l'auteur de rapporter quelques lignes plus loin, « (...) au

⁴⁴ David M. BEATTY «Labour is not a commodity », dans REITER et SWAN (éd.), Studies in Contract Law, Toronto, Butterworths, 1980, p. 313.

⁴⁵ Les délits de coalition : Loi le Chapelier 1791 en France et 1799 Combination Act, 1799 (34 Geo. III, c. 81).

⁴⁶ Voir à ce propos, la discrétion du dispositif à cet effet, dans Marie France BICH, « Droit du travail québécois : Genèse et génération », dans Patrick GLENN (dir.), Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 528; et en France même sobriété ainsi que l'article 1781 qui prévoyait les modalités de preuve défavorables au salarié en cas de litige avec à l'employeur; ce dernier était alors « cru sur son affirmation ».

⁴⁷ Voir en particulier, l'excellent ouvrage de N. OLSZAK, op. cit., note 13.

⁴⁸ Exemple en France le livret ouvrier, voir Jean HILAIRE, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, (XI^e -XIX^e S), 8^e éd., coll. « Mémentos », Droit public et Sciences politiques, Paris, Dalloz, 1999, 220 p., p. 203.

⁴⁹ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 3, p. 42.

XVIII^e siècle des travailleurs étaient enchaînés par des colliers de fer dans les mines du Newcastle. »⁵⁰.

Malgré l'intérêt grandissant que suscite le travail assujéti, l'action ne s'oriente pas pour autant vers son élimination. Il faudra attendre la mobilisation de l'opinion publique pour que finalement la paupérisation de la classe ouvrière et la rudesse de leurs conditions de travail soient dénoncées.

Dans l'ordre juridique du XIX^e siècle où dominant les doctrines économiques du libéralisme, les rapports de travail s'effectuent sur une base contractuelle. L'État se refuse à toute intervention sauf pour discipliner et rendre disponible la force de travail. Cette perspective évacue la dimension sociale de l'activité-travail, les principes de l'autonomie de la volonté et de l'individualisme philosophique, soit la «pure contract doctrine»⁵¹, règnent en maître. Cette dévotion en faveur de l'égalité formelle allait emporter sur le plan pratique des distorsions sociales considérables entre d'une part le capital et d'autre part la condition du travailleur⁵² :

« (...) un droit patrimonial garantissant davantage la sécurité juridique des propriétaires de biens meubles et immeubles (...) la liberté contractuelle n'avait guère de valeur pratique puisqu'il [le salarié] ne pouvait véritablement refuser de se lier et qu'il devait assumer les conditions de travail qu'imposait le cocontractant »⁵³.

Dans les textes du XIX^e siècle, cette orientation philosophique transparaît assez clairement. Par exemple, le Code civil napoléonien distingue trois espèces principales de louage (article

⁵⁰ R. CASTEL, op. cit., note 11, p. 385, p. 156-157 (sur ce dernier point il se réfère aux descriptions de Max Weber.).

⁵¹ Alan FOX, Beyond Contracts : Work, Power and Trust Relations, London, Faber and Faber, 1974, p. 181

⁵² F. COLLIN et al., op. cit., note 3, p. 28.

⁵³ Fernand MORIN, Jean-Yves. BRIERE, Le droit de l'emploi au Québec, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 81, § 71; voir dans le même sens : P. VERGE, G. VALLÉE, op. cit., note 2, p. 74.

1779) mais il demeure silencieux quant à leurs critères distinctifs, à savoir celui des gens de travail, celui des voituriers, celui des entrepreneurs par suite de devis et de marché. Au Québec, le Code civil du Bas Canada comprend ces mêmes dispositions (art. 1666 du C.c.B.-C.). Et de cette observation⁵⁴ il a pu être conclu que le louage de services est analysé comme le louage en général auquel il n'est accordé aucune considération quant au caractère subordonné ou libre du travail⁵⁵. D'ailleurs ce constat est le point de départ de l'oeuvre de Gérard Lyon-Caen intitulée « Le droit du travail non salarié »⁵⁶ dans laquelle il relève à juste titre qu'en France l'opposition entre travail salarié et non salarié n'est pas plus fondée historiquement, qu'elle ne correspond à une réalité homogène et positive.

Véhicule de la libération, le contrat de travail donne « la mesure réelle de la valeur d'échange de toutes les marchandises »⁵⁷. La force de travail est ainsi louée au même titre que le serait n'importe quelle marchandise attribuée au plus offrant⁵⁸, et que ce soit en France ou au Canada, dont la source d'inspiration est profondément rattachée à l'empire britannique, on semble aboutir à ce même constat⁵⁹. Doit-on dans cette perspective conclure à la rupture du droit du travail avec les postulats de la théorie générale des contrats? Une réponse nuancée s'impose.

Certes, certains postulats comme l'égalité des parties à la relation n'ont pas eu de crédibilité aux yeux des travaillistes. La théorie générale des contrats ne distingue pas a priori le travail humain d'un objet que l'on vend. En ce sens la soumission est parfaite si l'on ajoute à ce tableau le corpus légal présenté plus tôt qui discipline et rend disponible la main-

⁵⁴ M.-F. BICH, loc. cit., note 46, 528.

⁵⁵ M.-L. MORIN, « Louage d'ouvrage et contrat de travail » dans A. SUPLOT (dir.), op. cit., note 37, 129.

⁵⁶ LYON-CAEN Gérard, Le droit du travail non salarié, Alençon, éd. Sirey, 1991, p. 2.

⁵⁷ Adam SMITH, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1ère édition, 1776.

⁵⁸ David M. BEATTY, Labour Is not A Commodity, « Legislative Regulation and Common Law of Employment », dans The Canadian Encyclopedic Digest (Western), 3rd éd., Vol. 11 c, Part II, Carswell; M. FABRE-MAGNAN, loc. cit., note 37, 101.

⁵⁹ Voir à ce propos les nuances et divergences doctrinales présentées, dans T. REVET, op. cit., note 31, p. 11 et suiv.

d'œuvre. La dépendance à l'égard du maître se distingue de l'esclavagisme, mais en conserve quelques traits saillants tout en étant légitimée.

D'autres éléments ci-dessous rapportés démontrent qu'à l'inverse le droit du travail conforte un encadrement fortement teinté par la doctrine libérale.

*(2) De l'évolution de la
théorie générale des contrats :
Du contrat chosifié au contrat
sujet*

La mobilisation de l'opinion publique donnera naissance aux premières lois destinées à lever les obstacles à l'action collective qui évolueront, par la suite, vers des mesures de protection. Ainsi, en France, par exemple, en 1840 la publication du rapport du docteur Villermé⁶⁰ provoquera un fort mouvement de contestation dans l'opinion publique et une prise de conscience sur les conditions de vie de ces « pauvres gens » qui, dès lors, ne se démentiront plus. La condition ouvrière qui y est tracée suscitera aussi un vif émoi auprès des politiciens et favorisera la mise en place d'actions positives. Au Canada, le même effet se produira lors de la publication du rapport de la Commission royale sur les relations entre le capital et le travail (1886-1899).

Ces mouvements de fond vont inverser les priorités étatiques du point de vue de la classe ouvrière. Alors que la libéralisation du marché du travail était un enjeu politique et social, il cédera le pas en faveur d'une protection des ouvriers pour rehausser l'état sanitaire déplorable dans lequel est plongée cette population. Au-delà des conditions économiques et des enjeux politiques rattachés au traitement du travail ouvrier, la question sociale et

⁶⁰ Voir à ce sujet A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 24, p. 32, § I-22. (Tableau physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de soie, coton et laine, 1840).

sanitaire devient prioritaire et toutes les premières interventions vont désormais s'orienter vers la mise en place de mécanismes de protection et de sécurité.

Autant le contrat de travail milite naturellement en faveur de la reconnaissance du sujet dans le cadre de la relation contractuelle, autant cette même reconnaissance dans la théorie générale des contrats fait figure d'évolution sinon de révolution dans l'univers paradigmatique classique.

Fondamentalement cette reconnaissance de la personne en situation réelle de travail correspond à l'un des premiers indices émergeant de l'évolution paradigmatique. L'intérêt pour le sujet plutôt que l'objet à la relation contractuelle se dessine comme l'un des points majeurs de l'évolution de la théorie générale des contrats. Ce passage en faveur d'une meilleure prise en compte du sujet explique pour partie la fragilité des frontières instaurées entre le contrat de travail et les autres contrats. Le droit du travail s'élève en considération d'une meilleure reconnaissance de la personne humaine⁶¹.

Une partie de la doctrine émet quelques réserves à l'égard des prémisses qui ont été à l'origine de l'édification du droit du travail. Depuis deux décennies plusieurs auteurs issus de la tradition de la common law défendent l'idée selon laquelle les lois du travail n'ont pas été des remparts au régime capitaliste mais ont tout au contraire contribué à son aménagement⁶². Ces thèses rejoignent d'ailleurs celle émise par le Professeur Gérard Lyon Caen il y a plus de vingt ans, qui dénonçait l'idée fabriquée selon laquelle le droit du travail

⁶¹ « Pendant longtemps le contrat de travail a été présenté comme une forme de louage; d'où la dénomination de *louage de services* qui lui est fréquemment appliquée. Elle est une réminiscence des temps lointains où, le travail étant servile, on l'assimilait à une marchandise susceptible d'être louée comme une chose. Mais cette conception, contraire à la dignité de la personne humaine, n'a plus aucun crédit de nos jours. », dans A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 24, p. 244 (en italique dans le texte).

⁶² «Recent scholarship in several common law jurisdictions has convincingly demonstrated that the conventional view is no longer tenable. It's now well established that master and servant law was not simply feudale anachronism but that it played a vital role in the construction and operation of capitalist labour markets », dans J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, *op. cit.*, note 3, p. 42.

se serait développé « contre l'ordre-bourgeois, contre le capitalisme en général pour compenser l'inégalité économique » et aurait ainsi fait du capitalisme contemporain quelque chose de radicalement différent du siècle passé⁶³. Aujourd'hui les acteurs sont clairement conscients de l'ambivalence du droit du travail. Le contenu des premières lois sociales, largement assorties de sanctions pénales et d'amendes à l'encontre des travailleurs, et, ce, en dépit de l'abolition des délits de coalition, démontre cette double nature.

De ce débat deux certitudes ont été dégagées récemment dans un rapport canadien⁶⁴. Le contrat de travail n'a jamais été purement le fruit d'une convention privée, l'État ayant toujours été partie prenante à la relation. Par contre, cette intervention était « négative » dans la mesure où elle ne conférait pas des droits et de par sa nature s'éloignait largement de la vocation protectrice qu'on lui reconnaît désormais.

Certes on constate une intervention étatique dans les deux pays, mais le type d'intervention reste très différent. Au cours des premières années de construction du droit du travail, les États s'attachent à adopter un régime de protection en matière d'accident du travail⁶⁵ et de normes minimales. Puis, l'État français mettra davantage l'accent sur l'élaboration de statuts spécifiques de travail (travail à domicile), tandis que l'État canadien s'affèrera à la mise en place d'une architecture destinée aux rapports collectifs de travail. De l'édification de ces rapports naît la volonté d'assurer la paix industrielle et d'encourager l'autonomie collective; c'est là une différence majeure entre le Canada et la France. Dès lors sur le fond

⁶³ F. COLLIN et al., op. cit., note 3, p. 9.

⁶⁴ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 3, p. 42.

⁶⁵ Marie-Claude PRÉMONT, « L'œuvre des juristes leplaysiens au Québec : une première loi des accidents du travail », (2002) 135-136 Les Études Sociales 155.

de cette distinction, il convient d'analyser l'appréhension de la dépendance en droit du travail et des contrats.

CHAPITRE 2 – L'APPRÉHENSION DE LA DÉPENDANCE EN DROIT DES CONTRATS ET DU TRAVAIL : LA « ZONE GRISE »

Le contrat de travail est par essence un contrat de dépendance. Sa nature même lie à la fois le sujet, le travailleur et l'objet, sa force de travail. Or la théorie générale des contrats s'est bâtie à même les fondations de la théorie économique éludant, selon la doctrine, le sujet de la relation. Progressivement le droit du travail a acquis son indépendance pour, précisément, reconnaître les déséquilibres inhérents à la relation de travail que le principe de l'autonomie niait et réintroduire le sujet dans la relation. C'est là la spécificité du droit du travail qui fait du contrat de travail, le contrat de dépendance par excellence. Pourtant, à la lumière des développements récents de la théorie générale des contrats, un nouveau paradigme semble émerger remédiant en partie aux défauts du précédent. Dans quelle mesure s'inspire-t-il à son tour des mêmes constats qui ont amené le droit du travail à se distancer du droit civil? Dans une première section il sera question d'examiner la recomposition des rapports dans le cadre du droit civil. On verra alors qu'une place généreuse est laissée à la notion de dépendance (**Section 1**). À cette analyse succèdera une seconde, celle de l'évolution de l'appréhension de la dépendance en droit du travail matérialisée par le lien de subordination juridique. Nous verrons en quoi la notion de dépendance étroitement circonscrite au départ s'est étendue au moyen de différentes techniques (**Section 2**). Dès lors, si l'on combine ces deux évolutions l'une propre au droit du travail et l'autre au droit civil, une confusion des frontières se matérialise; la zone grise. On s'interroge alors sur la place que le droit devrait accorder au travail non salarié dépendant (**Section 3**).

Section 1 - La recomposition des rapports contractuels : la dépendance et le droit des contrats

« À l'intérieur de l'ordre privé cependant, des rapports fondés sur des obligations volontairement consenties ne peuvent en principe s'accommoder d'un schème de soumission : aucun des contractants n'est légitimement investi du pouvoir d'imposer unilatéralement sa volonté. (...) Toute tentative de verticalité constitue en soi une distorsion; ce que les forces socio économiques ont tendance à dresser sans autre effort d'équilibrage, le droit devrait le niveler en réalité, pour redonner au contrat son horizontalité principielle »¹.

Alors que la doctrine de l'autonomie de la volonté prônait l'égalité des rapports contractuels, une critique de ses fondements s'amorce. Elle s'appuie sur l'étude des pathologies sociales, nées des déséquilibres créés par le système juridique inspiré de ce courant doctrinal (§-1). De nouveaux éléments modérateurs apparaissent soit par la reconnaissance de l'inégalité des parties, soit par l'encadrement plus rigide de la relation contractuelle (§-2).

Déjà au XIX^e siècle quelques descriptions réalistes, démontraient un système égalitaire en faillite : «Les principes posés et déduits avec tant de conviction par Rousseau dans *Du Contrat Social* exigent pour être appliqués plus de vertus, plus d'austérité que n'en comporte la faiblesse humaine»². Peu de réflexions examinent avec autant de justesse et de lucidité la nature des rapports contractuels.

¹ ROLLAND Louise, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », 44 (1999) Revue de droit de McGill 907.

² CHEVALLIER Jean-Jacques, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, coll. « U », Paris, Armand Colin, 1986, 301 p., p. 130.

Aujourd'hui, les relations contractuelles ne se concluent pas forcément en dehors des postulats édifiés classiquement par les codes civils et la common law, mais un certain nombre d'entre elles s'établissent effectivement en dehors d'une compréhension classique des relations contractuelles. Il convient dès lors d'en préciser les caractéristiques fondamentales, caractéristiques qui démontrent de quelle façon le droit appréhende généralement les situations de dépendance. En somme, quel que soit le secteur observé le constat demeure : la nécessité de recomposer un nouvel équilibre, de saisir par-delà les opérations ou les techniques commerciales, les nouvelles relations de dépendance.

Dans le cadre de l'évolution du droit des contrats on note trois grandes tendances; la relation contractuelle peut être déséquilibrée au détriment de l'une des parties (§-1) le droit se fractionne (§-2) et apparaissent de nouveaux outils de protection (§-3). En filigrane la recomposition du droit des contrats s'articule autour d'une meilleure prise en considération de la dépendance des parties.

§-1. Des contrats déséquilibrés

Fondamentalement la notion de dépendance paraît presque étrangère au droit des contrats, comme en attestent les principes qui ont présidé à l'élaboration du Code civil. Que ce soit en France ou au Québec, le principe de **l'autonomie de la volonté** a régné en maître dans les relations contractuelles pendant plusieurs décennies. Ce n'est que très récemment que des mécanismes en faveur d'un meilleur rééquilibrage des relations contractuelles se sont déployés, par l'intermédiaire des tribunaux ou bien par celui des autorités publiques.

L'objet de cette partie n'est donc pas de revenir sur ce qui a été présenté plus tôt mais d'isoler le concept de dépendance à travers l'évolution du droit des contrats.

On observe que l'état de dépendance a pu contrarier l'équilibre contractuel. Il ne s'agit nullement d'un débat neuf comme il le sera démontré. Par contre, cette quête en faveur d'un meilleur rééquilibrage connaît ces dernières années une acuité particulière.

Dès lors que l'on traite des principes de rééquilibrage des pouvoirs et de la protection à l'intérieur des relations contractuelles, les débats doctrinaux passionnés et insolubles rejaillissent. Ces principes furent au cœur des débats du XIX^e siècle, marquèrent profondément ceux du XX^e siècle et, sans aucun doute, il est à craindre qu'ils exacerbent ceux du XXI^e siècle.

Ancrée dans l'esprit des fondateurs des Codes civils, la philosophie qui a présidé à la rédaction des textes a longtemps maintenu l'image d'un droit insensible aux « ''inégalités de situations'', lesquelles sont laissées en marge du système juridique dans la sphère ''des faits ignorés du droit'' »³. C'est là une façon d'associer au texte, un esprit d'égalité de nature purement arithmétique.

L'idée n'est pas neuve et la sagesse des Grecs anciens nous enseignait déjà la nature des problèmes posés par la notion d'égalité, enseignement qui demeure précieux pour une lecture contemporaine du droit des contrats. Aristote distinguait en effet deux types d'égalité⁴ : l'égalité géométrique et l'égalité arithmétique⁵. Ces deux types constituent les facettes d'une même activité⁶.

³ Marie Stéphane PAYET, Droit de la concurrence et droit de la consommation, vol. 7, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Paris, Éditions Dalloz, 512 p., p. 257.

⁴ Or sa proposition relève bien moins d'un choix à opérer entre deux formes de justice, que de « deux espèces que l'on peut distinguer dans le juste » issues de l'observation de l'activité juridique. ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, trad. J. Barthélemy Saint-Hilaire, coll. « Les classiques de la philosophie - Le livre de poche », Paris, éd. Librairie générale de France, 1992, p. 203, para. 13, 1131 b 24.

⁵ Lorsqu'il convient de distribuer l'ensemble des biens et des charges, ils doivent être répartis selon chacun, en vertu d'une proportion, laquelle « n'est pas bornée spécialement au nombre pris dans son unité ». Dans ce cadre la solution de l'**égalité géométrique** propose « une égalité non pas entre les biens distribués, mais entre deux *rapports* établis entre personnes et choses ou fonctions. ». Concrètement, Michel Villey illustre cette égalité géométrique par le fait que « [n]ulle part les impôts ne sont égaux, mais proportionnels aux fortunes. (...) ». L'autre forme dite « **arithmétique** » suggère une égalité qui n'a pas d'égard à l'effet que « (...) ce soit un homme distingué qui ait dépouillé l'homme obscur (...). La loi ne regarde qu'à la différence des délits; et elle traite les personnes comme tout à fait égales. ». Dans ce cadre, le droit représente une égalité entre des

À la lumière des enseignements de la pensée grecque, on observe que le Code civil a pu prendre en compte différentes situations d'inégalités qui oscillent aisément entre les deux types d'égalité identifiées plus tôt. Au Québec, Jean Pineau soulignait lors de la réforme du Code civil en 1991, « (...) la mise en relief d'armes inexploitées, destinées à faire respecter un meilleur équilibre dans les relations contractuelles et, d'autre part, l'accentuation de l'esprit protectionniste dans les contrats nommés (...)»⁷. Parmi ces armes, le contrat d'adhésion a eu pour mission de contrer un rapport de force déséquilibré des parties.

Aristote souligne que :

« [a]insi, l'équitable, qui est meilleur que le juste dans telle circonstance donnée, est juste aussi; et ce n'est pas comme étant d'un autre genre que le juste, qui est meilleur que lui dans ce cas. L'équitable et le juste sont donc la même chose; et tous les deux étant bons la seule différence c'est que l'équitable est encore meilleur (...) il est l'heureuse rectification de la justice rigoureusement légale (...). La nature de l'équité c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe à cause de la formule générale qu'elle doit prendre. »⁸.

Témoin d'une réalité chaque jour plus évidente, le législateur contemporain a progressivement insufflé dans la rédaction contemporaine des lois le concept de **l'égalité substantielle** en complément de celui d'égalité formelle. C'est ce réalisme qui, selon Norbert Rouland a démontré que :

valeurs échangées, sans considération des personnes. Voir à ce sujet : ARISTOTE, *id.*, p. 202, para. 7; p.204, para. 6 et pour l'interprétation d'une partie de l'oeuvre de Aristote voir, Michel VILLEY, *Philosophie du droit - 1- Définitions et fins du droit*, coll. « Précis Dalloz », 2ème éd., Paris, éd. Dalloz, 1978, p. 78.

⁶ « [b]ien que le droit s'analyse en la recherche de ces deux formes d'*égalités*, jamais la pensée d'Aristote ne fut de réduire la langue du droit aux mathématiques (...). Le texte d'Aristote vise seulement à reconnaître les objets de l'activité juridique, et, quelles seront ses branches principales. », M. VILLEY, *id.*, p. 145.

⁷ Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, *La réforme du code civil - Obligations, contrats nommés*, Vol 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 1177 pages, p. 20.

⁸ ARISTOTE, *loc. cit.*, note 4, p. 230, para. 1-5, 1137a 31 - 1138a 3.

« [d]epuis longtemps, n'en déplaise à Siéyès et Clermont-Tonnerre, la loi n'est plus l'égle pour tous. Reste à savoir de quelle manière. Car si les principes généraux de notre droit sont hostiles à la différence, il s'est formé un droit de la différence. L'égalité pure et dure des premiers textes révolutionnaires a peu vécu : elle heurtait trop la réalité et ses contraintes sociologiques. On constate en effet que notre droit positif multiplie les statuts dérogatoires au droit commun, découpe le corps social en diverses catégories recevant des traitements juridiques différents, ce qui est une des raisons de la multiplication contemporaine des normes »⁹.

Une récente thèse intitulée « Les contrats déséquilibrés »¹⁰ s'est intéressée de près au sujet et contribue pleinement à l'identification des zones de dépendance en droit des contrats. En effet, après avoir identifié les contrats dits « déséquilibrés », l'auteur définit dans un second temps le traitement qui leur est réservé en droit positif. Bien qu'il ne soit pas de notre propos à ce stade d'examiner les moyens mis en oeuvre pour pallier les zones de déséquilibre contractuel, il est pertinent d'extraire la source et les manifestations de ce déséquilibre à la lumière des travaux de l'auteur.

L'origine du déséquilibre, selon elle, s'explique en vertu de deux phénomènes : l'inéquivalence des prestations, et l'existence d'un pouvoir déséquilibrant. Le déséquilibre contractuel en valeur peut s'inscrire dans **la nature même du contrat**, tels sont les cas des contrats à titre gratuit et aléatoire. Ils ne présentent pas d'intérêt pour notre sujet, l'un ne traite que de la relation à titre gratuit, l'autre ne touche pas véritablement à la relation contractuelle de dépendance.

La seconde catégorie de contrats déséquilibrés **en valeur** l'est par **l'inéquivalence des prestations réciproques**; « [a]ttaché à la liberté et à la sécurité contractuelles, le législateur ne remédie qu'exceptionnellement au déséquilibre en valeur »¹¹. Cette catégorie identifiée

⁹ Norbert ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, p. 227.

¹⁰ Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés - Tome 1 et 2*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, 737 pages.

¹¹ *id.*, p. 201, §198.

fait appel à des mécanismes tels que les vices du consentement ou la lésion pour pallier le déséquilibre en cause.

Outre le déséquilibre entre le prix vendu et la valeur du service ou du bien vendu, l'auteur identifie une autre forme de déséquilibre contractuel dont « l'existence est le corollaire du caractère inégalitaire d'un grand nombre de relations contractuelles »¹², il s'agit du déséquilibre **en pouvoir**. Dans ce cadre, la source du déséquilibre résulte non pas de la différence entre la valeur et la prestation ou le bien vendu mais plutôt de la différence de rapport de force en faveur de l'un des cocontractants. Elle observe à ce propos que ce type de déséquilibre constitue la forme la plus répandue. Par contrat déséquilibré en pouvoir, l'auteur entend :

« (...) tout contrat dans lequel l'une des parties se trouve investie d'un pouvoir déséquilibrant et risque de l'exercer dans son seul intérêt, transformant le contrat potentiellement équilibré en un contrat déséquilibré.»¹³

Elle identifie deux formes de pouvoir; un **pouvoir juridique**, inhérent à la structure même du contrat ou organisé par une clause et un **pouvoir économique** qui institue une inaptitude à la négociation pour cause d'incompétence et pour cause de dépendance économique.

La source du déséquilibre contractuel peut naître soit de l'architecture déséquilibrée des prestations, soit être issue du pouvoir dont est doté l'un des cocontractants au détriment de l'autre ou, enfin, soit de la valeur du contrat.

La préoccupation des civilistes¹⁴ face à ce réel déséquilibre qui ne peut être nié ni légitimé est manifeste. Ainsi, le déséquilibre en droit des contrats n'est pas un incident marginal, circonstanciel ou seulement malheureux. Les diverses manifestations du déséquilibre

¹² id., p. 202, §201.

¹³ id., p. 209, §206.

¹⁴ Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, Paris, L.G.D.J., coll. « Biblio. de droit privé », Tome 261, 1996, 675 p.; V. LASBORDES, op. cit., note 10.

tendent à démontrer de façon évidente et certaine la dépendance de l'un des cocontractants à l'égard de l'autre. Plusieurs remèdes ont été envisagés pour remédier à ce déséquilibre, parmi eux la création de droits ou de contrats spéciaux.

§-2. *Fractionnement du droit et singularisation des contrats – les contrats statuts*

« On constate en effet que notre droit positif multiplie les statuts dérogatoires au droit commun, découpe le corps social en diverses catégories recevant des traitements juridiques différents, ce qui est une des raisons de la multiplication contemporaine des normes »¹⁵.

Les modalités de renouvellement de la théorie juridique des contrats s'organisent autour de différentes avenues avec pour constante celle d'assurer une meilleure égalité entre les parties à la relation contractuelle et de rendre l'approche plus réaliste. Il ne faut pas s'y méprendre. Ce souci a aussi existé sous l'Ancien Régime¹⁶. Aujourd'hui le morcellement des rapports contractuels et la complexification des rapports ont rendu le maintien de cet objectif plus délicat.

C'est précisément cette quête en faveur d'une meilleure égalité des rapports contractuels contemporains qui permet d'identifier des zones de dépendance dans le cadre de la relation de travail non salariée. De nombreux correctifs à ces situations ont été apportés et en faire état dans le cadre de cette étude permet de saisir la diversité des moyens envisagés à cette fin. On parle dès lors d'élaboration de régimes dérogatoires, de contrats-standards¹⁷. L'objectif plus fondamental s'articule autour de trois grandes tendances. La première recherche un meilleur équilibre au sein du contrat par le respect de valeurs morales ou

¹⁵ N. ROULAND, *op. cit.*, note 9, p. 227.

¹⁶ Judy FUDGE, Eric TUCKER, Leah VOSKO, *The Legal Concept of Employment*, Report for the Law Commission Canada, October 25, 2002, 142 pages.

¹⁷ Jacques GHESTIN, *Droit civil - Les obligations - Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, 846 pages, p. 33-115.

sociétales au cœur même de la relation contractuelle, ce que l'on appelle la moralisation contractuelle¹⁸. La seconde tente d'établir des liens étroits avec l'économie pour faire en sorte de subordonner le contrat aux enjeux réels nés de ce rapport économique. La dernière est une combinaison des deux précédentes propositions. Pour illustrer notons que la création de droits spéciaux et du contrat d'adhésion participent directement à l'atteinte de cet objectif.

Divers indices, dans la législation actuelle, démontrent cette volonté de rééquilibrage contractuel, soit par la réglementation d'un contrat en particulier qui, à force d'interventions législatives, nécessite la création d'un code, ou bien, par la standardisation des contrats. Ces deux points seront brièvement expliqués.

Tout d'abord on observe **un fractionnement du droit**. Un des premiers à amorcer ce pas est le droit du travail puis les droits de la consommation et, enfin, de la concurrence. Cette segmentation ne peut se réaliser qu'avec parfois la complicité de l'État, en particulier en France. On a pu critiquer l'exacerbation de ce phénomène en parlant « d'inflationnisme législatif »¹⁹. Par ailleurs, le contenu de ces textes emprisonne une part importante de l'autonomie de la volonté ou du consensualisme afin de taire les craintes d'un retour à un déséquilibre contractuel. La sécurité prime sur l'autonomie et le statut sur le contrat. La présence de textes encadre la relation au point où celle-ci perd le caractère de rapport contractuel pour revêtir celui de **statut**²⁰.

¹⁸ Voir à ce sujet, Pierre RAYNAUD, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX (dir.), Répertoire droit civil, Dalloz, v° Contrats et conventions, Tome 4, p. 7 et suiv.

¹⁹ Par exemple au Québec, que ce soit en matière de droit de la personne, d'équité salariale ou encore de protection des renseignements personnels, l'interventionnisme législatif s'insinue dans des aspects de plus en plus pointus de la relation ne laissant sur ce point qu'un maigre terrain à la liberté conventionnelle pour s'exprimer.

²⁰ Nathan ISSACS, « The Standardizing Of Contracts » 27 (1917) Yale Law Journal 34-40 « The Status to contract Theory Questioned ».

Deux **observations** peuvent d'ores et déjà être faites. La première concerne le mode particulier d'élaboration du contrat nommé, la seconde met en exergue le présupposé existant en matière de protection légale. En premier lieu, il est intéressant d'observer la singularité avec laquelle le droit des contrats passe d'une approche où le contrat nommé était défini en fonction du champ d'activités spécifique auquel il vouait sa raison d'être, à une **approche plus personnaliste** où la variable est désormais non plus l'activité sociale mais la personnalité sociale du cocontractant et le type de relations qu'il entretient; c'est le cas du droit de la consommation. Dans ce dernier cas, le corps de règles s'applique dans la mesure où la caractéristique individuelle du cocontractant correspond à celle visée dans le champ d'application du contrat nommé; être professionnel ou non. Ainsi d'un contrat à l'autre alors qu'une même activité sociale s'exerce, par exemple consommer, on pourra appliquer deux catégories de règles différentes. Mais, « le consommateur n'est pas faible parce qu'il consomme. C'est en considération de sa relation avec un professionnel que sa vulnérabilité apparaît »²¹.

De cette observation, il découle logiquement, en second lieu, que le régime protecteur de ce contrat semble s'éteindre ou, à tout le moins, s'appliquer avec moins de rigueur lorsqu'il s'agit de deux professionnels parmi les cocontractants. Ainsi, le contrat de consommation, contrat nommé en droits civils québécois et français ne s'adresse qu'au consommateur dit profane et ses dispositions protectrices sont généralement inopérantes lorsque les parties sont professionnelles²². Mécanisme d'exclusion pour lequel on ne peut s'empêcher de faire

²¹ M. S. PAYET, *op. cit.*, note 3, p. 130.

²² Depuis 1995, la Cour de cassation en France applique une interprétation très restrictive de la notion de consommateur, voir à ce propos, Jean CALAIS-AULOY, Franck STEINMETZ, *Droit de la consommation*, coll. « Droit privé », Précis, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, 607 pages, p. 10 et suivantes; voir aussi pour un point de vue doctrinal plus libéral, la thèse de Nathalie SAUPHANOR, sous la direction de Jacques GHESTIN, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Collection Bibliothèque de droit privé, Tome 326, Paris, L.G.D.J., 2000, 424 pages, p. 248 et 249.

Au Québec, depuis l'intervention du législateur de 1980 et même si les critères de protection pour le professionnel sont sensiblement les mêmes d'un pays à l'autre (le Québec traite d'activité accessoire aux fins de son commerce), le Québec semble protéger plus aisément par une interprétation moins rigoureuse les

un rapprochement avec celui propre au droit du travail. Car les règles protectrices au contrat de travail s'éteignent, en principe, elles aussi, en présence de deux professionnels²³. Il serait donc facile de conclure a priori que le « professionnel » ne requière pas de protection. Or, même un professionnel peut se trouver en situation de faiblesse²⁴ au point de nécessiter un support législatif légitime. Plusieurs solutions sont alors possibles en dehors de celle dite de l'évitement qui consiste à refuser de voir dans le professionnel une quelconque faiblesse. Il peut par exemple s'agir d'un type de protection spécifique, comme celle assurée au Voyageur, Représentant Placier en France.

Dans ce contexte, si un parallélisme peut s'établir entre le contrat civil et le contrat de travail, il reste que ce dernier possède une « faiblesse inhérente ». Lafontaine la caractérise par l'insuffisance du « (...) niveau de connaissance dans la matière du contrat (...) »²⁵, qu'il distingue de celle dite « relative » par laquelle « (...) le cocontractant faible peut être parfaitement conscient de ce à quoi il s'engage, mais il doit accepter les conditions léonines que son partenaire lui impose car il n'a pas le choix ». Cette situation de déséquilibre contractuel, voulue et connue, n'offre pourtant pas d'alternative possible. Il existe donc à l'intérieur du contrat des rapports de force de nature différente qui font alterner des mécanismes de protection spécifiques.

Parallèlement à la spécialisation des contrats, la manière de conclure un contrat peut engendrer la mise en œuvre de mécanismes de protection particuliers; ce sont les contrats

professionnels qui consomment. Voir à ce propos, Nicole L'HEUREUX, Droit de la consommation, 5 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 566 pages, p. 33-35.

²³ La réalité est plus nuancée, puisque la législation est dotée de statuts mixtes dont certains professionnels peuvent bénéficier (cf. supra), Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, LITEC, 1992, 727 p., p. 43, note 54; MESTRE Jacques, « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats » 1988 (5) Droit social 405-406.

²⁴ « Le professionnel est manifestement le contractant qui agit dans le cadre de son activité économique (...) » Marcel FONTAINE « Rapport de synthèse », dans J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), op. cit., note 14, p. 620-621.

²⁵ Id., p. 616-617.

d'adhésion qui ont fait leur apparition. Leur particularité est d'être rédigés unilatéralement par l'une des parties « (...) ou par un organisme représentant ses intérêts exclusifs et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier »²⁶. Compte tenu de ce type de rédaction où la négociation est quasi absente, il est probable qu'une inégalité contractuelle s'instaure.

À cet effet, le législateur québécois a introduit, en 1991, une définition du contrat d'adhésion en plus de règles spécifiques à ce contrat. Il mettait ainsi un terme à une époque où la jurisprudence et la doctrine tâtonnaient pour mieux le définir et l'encadrer. Mais cette intervention n'a pas tout résolu²⁷. Si on observe attentivement le champ d'application de ces dispositions, elles demeurent limitées aux contrats qualifiés d'adhésion et aux contrats de consommation²⁸. Curieusement le contrat de consommation est annoncé par le législateur à la suite du contrat d'adhésion; à ce titre, il semble ainsi être érigé à titre de modèle à partir duquel d'autres contrats qualifiés d'adhésion pourraient bénéficier de ce type de protection législative. Par exemple on reconnaît que « la majorité des contrats

²⁶ Jacques GHESTIN, Isabelle MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français », dans J. GHESTIN, M. FONTAINE (dir.), *op. cit.*, note 14, p. 4.

²⁷ Quatre dispositions sont venues encadrer le contrat d'adhésion. Tout d'abord, l'article 1432 du C.c.Q. indique au juge d'interpréter en cas de doute le contrat en faveur de l'adhérent. En second lieu, l'article 1435 C.c.Q. impose la nullité aux clauses externes d'un contrat dont l'adhérent n'aurait pas eu connaissance au moment de la formation du contrat. En troisième lieu, une clause est frappée de nullité dans le cas où elle est illisible ou incompréhensible (art. 1436 C.c.Q.). En dernier lieu, le législateur rappelle les grands principes qui doivent présider à la formation du contrat, soit l'exigence de bonne foi et prévoit qu'une disposition qui irait à l'encontre de ses principes d'équité par son caractère abusif se verrait annulée.

²⁸ Dans la rédaction même de l'article 1378 du C.c.Q. on observe un mélange des genres dans la rédaction. Puisque l'article 1378 précise que « (...) le contrat est un accord de volonté (...) il peut être d'adhésion ou de gré à gré, synallagmatique ou unilatéral, à titre onéreux ou gratuit (...); il peut aussi être de consommation. » puis, plus tard, l'article 1435 C.c.Q., spécifie que « [l]a clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle. ».

d'assurance (...) rencontre la définition de contrat d'adhésion »²⁹. De la même façon en France, la pratique des contrats d'adhésion est répandue depuis environ un siècle et s'est multipliée avec l'avènement de la production et de la distribution de masse. Leur encadrement législatif a permis de restreindre l'insertion de clauses abusives. Cet encadrement correspond encore une fois à la volonté de protection de la partie faible.

Appliquée au domaine professionnel³⁰, le contrat d'adhésion s'est avéré utile aux seules relations conclues entre un professionnel et un non-professionnel. En présence de deux professionnels³¹, le mécanisme de protection propre au contrat d'adhésion leur échappe le plus souvent³²; la jurisprudence s'étant en général montrée davantage réceptive au principe du respect de la sécurité des transactions commerciales.

Cette limitation quant au champ d'application du contrat d'adhésion à l'égard des contrats entre professionnels a, selon la doctrine³³, conduit à la création de la notion de « contrat de dépendance » afin que la compétence ne soit pas le refuge de situations d'inégalités, situations nées de l'établissement unilatéral des termes conventionnels.

Selon Didier Ferrier³⁴, entre professionnels on mesure l'atteinte portée à la concurrence par le refus de fournir ou bien de discriminer. L'état de la jurisprudence à cet effet précise qu'il

²⁹ Odette JOBIN-LABERGE, Luc PLAMONDON, « Les assurances et les rentes », dans La réforme du Code civil Obligations, contrats nommés, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 2, P.U.L., 1993, p. 1099.

³⁰ Marc COURTRES, sous la direction de Didier FERRIER, Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats, Thèse de doctorat, Montpellier, 1999, 521 p., p. 158.

³¹ « Lors de la réforme du Code civil, le législateur s'est appliqué à le définir. Il ne s'est pas attaché au rapport inégal des forces entre les parties; d'un point de vue juridique, ne sont donc pas pertinentes aujourd'hui l'existence d'un monopole de droit ou de fait, la possibilité de faire affaire avec un concurrent, la compétence dans le domaine concerné ni la puissance économique ou commerciale », dans Jean-Louis BEAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, Les obligations, 5ème éd., Éditions Yvon Blais, 1998, Cowansville, p. 68, §-51.

³² Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 n°3 Les Cahiers de Droit, p. 841-872, 865.

³³ M. COURTRES, op. cit., note 30, p. 164, §-329.

³⁴ Didier FERRIER, Droit de la distribution, 2^e éd., Paris, LITEC, 2000, p. 256.

faut atteindre un « degré de sensibilité » assez élevé pour que les juges français qualifient l'atteinte d'anti-concurrentielle. Ils ne manquent pas de rappeler à cette occasion que la mission du droit de la concurrence n'est pas d'assurer une meilleure protection sociale.

En conclusion, la spécialisation des lois et des contrats, l'élaboration de règles transversales et protectrices contribuent à quadriller la vie sociale. Mais répond-elle pour autant au besoin légitime de protection sociale? En partie certes, mais un certain nombre d'effets pervers militent en faveur d'outils plus adéquats. Le constat est le suivant : la présence de régimes particuliers soulève un problème de cohérence conceptuelle et matérielle³⁵ qui rend impraticable « toute systématisation catégorielle »³⁶. D'ailleurs comment concéder une identité à « *l'homo juridicus* issu du Code civil »³⁷ dans cette perspective contemporaine? Il est tantôt distributeur, tantôt salarié, et consommateur dans un espace temporel rapproché. Il se définit selon l'exercice d'une activité économique ou bien selon son statut juridique ou encore selon son pouvoir. Ainsi en fonction de l'activité exercée, on passe de l'état de professionnel à celui de non professionnel.

Par contre, il faut concéder une certaine unité de sens à la multiplication des régimes dérogatoires au droit commun : le souci d'une meilleure protection de la partie faible tout autant que la volonté de répondre à la « diversité des situations »³⁸ de façon adéquate. Étant donné l'élaboration de contrat à statut, dont l'affirmation la plus évidente est le contrat d'adhésion, on assiste au développement probable de nouveaux principes fédérateurs destinés à assurer une moralité contractuelle ordonnancée autour d'une meilleure justice contractuelle. Paradoxalement cet élan de fond même s'il est homogène dans ses intentions, s'éparpille à travers des situations jugées au cas par cas sans que l'on puisse véritablement énoncer un principe universel en faveur d'une meilleure justice contractuelle, diluant par ses effets cette mission commune. Dès lors, en quoi le concept de dépendance peut-il à la

³⁵ L. ROLLAND, loc. cit., note 1, 918.

³⁶ Id.

³⁷ M. S. PAYET, op. cit., note 3, p. 8.

fois souscrire à sa mission de protection sociale et répondre au besoin de cohérence et d'uniformisation : soit avoir une vocation universelle?

§-3. *Des modalités et des organes de protection renouvelés*

Plusieurs dispositions sont vouées à réfréner l'autoritarisme de l'autonomie de la volonté; par exemple, la **bonne foi**, **l'équité** ou la **notion d'ordre public**. Jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, et bien qu'introduits dans les codes, les principes généraux destinés à gouverner la notion d'ordre public³⁹ n'auront qu'une portée limitée dans leur application, la loi et ses prescriptions jouant un rôle fondamental.

« (...) [P]our qu'un acte soit contraire à l'ordre public (...) il faut qu'il y ait au moins violation d'une loi d'intérêt public »⁴⁰

« Non seulement le Code civil du Bas Canada se faisait-il discret en matière d'ordre public (...) Il faudra attendre la fin de la Deuxième Guerre Mondiale pour assister à la lente mais constante émergence d'un courant social favorisant l'intervention de l'État. »⁴¹.

Malgré la timidité et le caractère exceptionnel de ses interventions, comparativement au « courant social », « la pensée libérale (...) ne rejette nullement l'existence de limitations à la liberté contractuelle »⁴². Pour illustration, on peut souligner que les Codes civils français et québécois consacrent la liberté contractuelle dans la limite du cadre défini par la loi (par

³⁸ Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, Droit civil - Contrats spéciaux, Paris, éd. Litec, 1997, p. 7, §-7.

³⁹ Art. 13 à 15 du C.c.B.C.

⁴⁰ Renaud c. Lamothe, [1903] 32 R.C.S. 357, p. 394 (J. Girouard) cité par, J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, op. cit., note 31, p. 150, note 4.

⁴¹ Id., p. 150-151.

⁴² Bruno OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », (1995) R.S.M.P. 247.

exemple, l'article 1134 C.civ. énonce les conventions *légalement* formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites⁴³. Au Québec, on peut lire à l'article 1434 du C.c.Q :

« Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou *la loi* »).

D'ailleurs si l'on se réfère aux principes constitutionnels consacrés par l'article 34 de la Constitution française, il a été clairement énoncé par le Conseil de cette juridiction⁴⁴ que le principe de la liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle pas plus qu'il n'existe un principe dit de « l'autonomie de la volonté » ayant valeur de principe constitutionnel. Par conséquent, la règle consacrée à la faveur de l'autonomie de la volonté des parties s'exerce dans le cadre défini par les lois.

Mais au-delà d'une gouvernance par les lois, il y a la conformité à **l'ordre public**. La dépendance s'inscrit dans la recherche d'une certaine équité contractuelle que l'on retrouve dans l'ordre public de protection qui, contrairement à « l'ordre public de direction »⁴⁵, a pour mission primordiale de protéger l'individu. Entre ces deux principes, il existe une articulation logique qui nécessite un fameux dosage entre ces deux types d'impératifs. Il est certain que l'ordre public de protection a joué un rôle fondamental dans la construction du droit du travail que ce soit au Québec⁴⁶ ou en France⁴⁷. Toutefois ce type de protection s'étend à des disciplines qui lui sont naturellement moins familières. Une thèse⁴⁸ récente a montré que l'ordre public de direction qui « inspire et gouverne le droit de la concurrence » semble être progressivement pénétré par l'ordre public de protection. La meilleure

⁴³ Nous mettons en italique.

⁴⁴ Cons. const. 20 mars 1997, décision n° 97-388, disponible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

⁴⁵ Ces règles qui « (...) transcendent le seul intérêt individuel et s'attachent, mais non de façon exclusive à l'intérêt individuel (...) », dans J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, op. cit., note 31, p. 160.

⁴⁶ Id., p. 161.

⁴⁷ Jean PÉLISSIER, Alain SUPIOT et Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, 21^e éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1337 p., p. 53 et suiv., § 38.

⁴⁸ M. COURTÉS, op. cit., note 30, p. 12.

illustration de ce point, dit l'auteur, est de suivre l'évolution que connaît la notion de dépendance économique au coeur du droit de la concurrence. Cette notion pourtant de souche travailliste a été plus récemment transposée en droit de la concurrence.

L'état de dépendance économique, capable d'être apprécié ou qualifié de différentes façons selon le type de rapports en cause, fut l'objet aussi de diverses critiques. On lui a en effet reproché le fait que par son utilisation le contrat devienne moins prévisible et « s'ordonne autour de quelques notions distinctives : l'abus, l'honnêteté, l'égalité »⁴⁹. Il ne faut pas oublier aussi que, par ailleurs, on l'a plébiscité car « bonne foi, équité et raisonnable (devenaient) les pierres angulaires et le scellant d'une construction étanche capable d'endiguer les abus potentiels d'une liberté débridée »⁵⁰.

Bruno Oppetit⁵¹ souligne pour sa part, à partir d'une réflexion menée sur le droit de la concurrence que « les règles juridiques s'effacent derrière les standards économiques ». L'évolution du droit de la concurrence, fait-il remarquer, s'est progressivement détachée du droit civil. Par exemple, initialement il était fait fréquemment usage de l'article 1382 du C.civ. en matière de responsabilité civile pour sanctionner les excès et les abus tirés de la pratique. Progressivement et à la faveur de l'évolution de la théorie économique, **l'ordre public économique**, destiné à maintenir un état de concurrence satisfaisant tout en assurant **l'éradication des pratiques jugées excessives**, s'est développé de façon à dégager « des solutions adéquates pour remédier aux injustices engendrées par la supériorité d'une des parties. »⁵² et délaisser ainsi les outils traditionnels.

Puis non sans une saveur critique, l'auteur démontre que l'établissement de ce droit est « mis en oeuvre par des organismes d'administration économique où la *décision* y est plus

⁴⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Droit civil - Contrat spéciaux, Tome 8, 9^e éd., Paris, éd. Cujas, 1995, avant propos.

⁵⁰ L. ROLLAND, loc. cit., note 1, 919.

⁵¹ B. OPPETIT, loc. cit., note 42, 249 et suiv.

⁵² J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, op. cit., note 31, p. 67.

importante que celle de la *règle*''⁵³. Cet aspect souligne en quelques mots, la crainte manifeste à l'endroit des organismes chargés d'administrer la loi, et qui se développent tout autant au Québec qu'en France⁵⁴.

L'évolution du droit des contrats démontre que l'existence du contrat déséquilibré se renforce. La dialectique liberté et protection semble s'affronter en un combat insoluble mais pour lequel aucune solution de fond ne semble satisfaisante. Il s'agit là de tendances centrifuges du droit contemporain. Le déséquilibre est plus diffus; il touche non plus seulement le contrat identifié ou intrinsèquement déséquilibré comme le contrat de travail mais opère des virées transversales défiant le dogme de l'égalité contractuelle. Il en est ainsi pour les contrats entre professionnels. Approcher **le travail non salarié dépendant**, c'est donc se heurter à une réalité contractuelle diffuse. Il surprend par sa capacité à investir des champs normalement solidement attachés à la tradition classique de la théorie générale des contrats. Mais le plus désarçonnant demeure la difficulté à catégoriser cette relation contractuelle. Une catégorie peut être investie d'une forme de dépendance fugace. Elle peut disparaître pour un autre contrat de même catégorie ou se révéler lors de l'exécution du contrat. Outre l'instabilité de la dépendance, les relations non salariées dépendantes peuvent s'enchevêtrer et du même coup laisser l'esprit d'un juriste interdit.

Cette réalité en construction recherche des principes fondateurs et unificateurs destinés à assurer une pleine sécurité juridique aux parties. L'analyse des grandes mutations, observées dans le droit des contrats, démontre un infléchissement certain des postulats de base de la théorie générale des contrats. Concrètement les faits démontrent un déséquilibre croissant des relations contractuelles ainsi que l'émergence d'outils destinés à contrer ces déséquilibres qui ont pour conséquence une certaine fragmentation du droit. Ce souci de

⁵³ L'auteur ici fait allusion aux décisions que prennent le Conseil de la concurrence en France ou la Commission européenne, B. OPPETIT, *loc. cit.*, note 42, 249 (nous ajoutons les italiques).

⁵⁴ Quelques exemples, en France, la Commission sur les clauses abusives; au Québec, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la Commission sur l'équité salariale; la Commission d'accès à l'information.

particulariser le contrat répond également à un besoin de coller davantage à la réalité du rapport contractuel visé et d'apporter des solutions plus adaptées pour rendre la relation plus harmonieuse. En ce sens de nouveaux outils doivent être mobilisés. Ce sont là un ensemble de solutions dont il est difficile de dégager une constante. Seule une analyse systématique de grande ampleur pourrait y remédier.

Il est fort probable qu'elle exige de repenser la structuration du droit non pas seulement à la lumière des recettes juridiques les plus orthodoxes mais à la lumière des enracinements institutionnels, des éléments fondateurs d'un droit nouveau que l'on peut observer. La dépendance s'inscrit pleinement dans cette mutation. S'il s'agit d'une nouveauté pour le droit des contrats, elle est l'essence même, la raison d'être du droit du travail. Le contrat de travail est par excellence un contrat de dépendance. La notion de dépendance joue à la fois un rôle de levier dans l'élaboration de nouveaux droits en plus de dégager des techniques de normativité nouvelles encadrées par des institutions non traditionnelles. L'évolution est considérable; un nouveau paradigme du droit des contrats semble se dessiner.

Section 2 - L'appréhension de la dépendance en droit du travail

Le travail salarié est intrinsèquement attaché à la notion de dépendance en raison du caractère alimentaire, et du lien d'assujettissement que le droit du travail organise et régle (§-2). Le lien de subordination juridique traduit juridiquement et techniquement cette réalité qui ne se décèle qu'au moyen de la qualification juridique (§-1).

§-1. *La qualification juridique*

L'action de « qualifier »⁵⁵ consiste à « (...) rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe déjà existant »⁵⁶; plus précisément il s'agit « [d']appliquer une règle de droit législative ou jurisprudentielle existante à un fait (donnée brute) pour le classer dans l'une des catégories juridiques prévues par cette règle. »⁵⁷. Cette catégorie juridique commande par la suite l'attribution d'un régime juridique tiré de l'ordre juridique existant. Tant en France qu'au Canada, le Québec compris, le processus de qualification juridique est appliqué et correspond à une étape cruciale de développement d'un raisonnement syllogistique⁵⁸. Certes pour les pays de tradition de common law, la source formelle de droit qui sert de référence, pour l'analyse des faits, s'appuie le plus souvent sur des précédents alors que, dans la tradition civiliste, les lois jouent ce rôle.

De ce descriptif, le processus de qualification pourrait se résumer à **un raisonnement binaire**, rencontrer ou non les caractéristiques propres à tel contrat, or il en va bien

⁵⁵ « dire lequel parmi plusieurs ».

⁵⁶ Serge GUILLIEN, VINCENT Jean, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1988.

⁵⁷ Gisèle LAPRISE, *Les outils du raisonnement et de la rédaction juridiques*, Montréal, Les éd. Thémis, 2000, p. 52.

⁵⁸ La majeure (règle générale applicable; la mineure: le cas particulier de l'espèce; la conclusion (l'application du général au particulier). L'exemple classique : 1) Tous les hommes sont mortels; 2) or Socrate est un homme; 3) donc Socrate est mortel.

autrement. Cette opération de translation des faits au droit emporte un jugement plus nuancé comme on le verra plus tard.

L'échange des consentements scelle l'entente en vertu de laquelle les parties s'engagent réciproquement. Mais la qualification effectuée par les parties ne demeure qu'une proposition⁵⁹, le juge restituera si besoin est la véritable nature juridique du contrat pour garantir l'application du droit et ce sans égard aux stratégies ou à l'incompétence des parties⁶⁰.

Ainsi le processus de **qualification** est particulièrement intéressant pour la recherche puisqu'il est **au coeur de l'analyse de l'évolution du contrat de travail** dans nos sociétés contemporaines. Il explique en grande partie le caractère "existentialiste"⁶¹ de la notion cadre de subordination juridique qui a su au gré du temps s'adapter aux nouvelles modalités de travail. Il couvre désormais une population au profil socio-économique hétérogène. D'ailleurs la terminologie employée au gré du temps pour désigner le droit du travail illustre cette évolution⁶².

Mais avant de clarifier ce point et, d'appréhender la dépendance en droit, il convient de préciser les grands événements qui ont conduit à l'élaboration du critère caractéristique de la relation de travail, soit la subordination.

⁵⁹ Nouveau Code de Procédure Civile, art. 12 « Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient *proposée* » (nous avons ajoutés les italiques), (ci-après cité, le « N.C.P.C. »).

⁶⁰ Art. 12 N.C.P.C. « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. (...) ».

⁶¹ Expression employée par Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, Toulouse, éd. C.N.R.S., 1988, 337 p., p. 1.

⁶² Voir sur ce point l'analyse de Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Le droit de l'emploi au Québec, 2^e éd., Montréal, éd. Wilson et Lafleur, 2003, p. 8, § I-5.

Jean-Claude JAVILLIER, Droit du travail, coll. « Manuel », 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 22 et suiv.

§-2. *L'appréhension traditionnelle de la dépendance en droit du travail et ses limites*

La notion de dépendance en droit du travail est quasi absente du vocabulaire des juristes. Elle est pourtant derrière la notion de subordination juridique. Cette notion caractérise le contrat de travail défini de façon souvent laconique ou circulaire par le législateur. Pour être comprise, l'intervention de la jurisprudence s'est avérée nécessaire puisque « (...) les contrats de travail comportent des caractéristiques fort différentes des autres types de contrats en raison du pouvoir de négociation souvent inégal des parties (...). La nature de cette relation commande donc que la partie vulnérable bénéficie d'une certaine protection. »⁶³. L'objet alimentaire de cette créance salariale, faute de définition très précise, devait pouvoir se traduire juridiquement au moyen d'un concept suffisamment explicite pour traduire cette dépendance économique et sociale. La notion de subordination juridique devenait alors cette traduction juridique et, le processus de qualification juridique, le moyen technique pour le retenir. L'enjeu du processus de qualification est important puisque il détermine l'existence du contrat de travail duquel découle un statut libérateur de droits et d'avantages sociaux.

Selon les textes en vigueur, le Code civil du Québec retient la définition suivante du contrat de travail⁶⁴ : « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur » (art. 2085 C.c.Q.). Tandis qu'en droit français le législateur est resté muet sur cette question⁶⁵. Seule la doctrine propose⁶⁶ la description suivante : « *convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité*

⁶³ Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 R.C.S. 701, § 138.

⁶⁴ Art. 2085 C.c.Q.

⁶⁵ Voir l'article L. 121.1 qui ouvre le chapitre préliminaire au contrat de travail et ne définit ni son objet, ni ses caractéristiques.

*(1) L'appréhension
traditionnelle de la
dépendance en droit du
travail*

Passage-frontière incontournable pour distinguer le contrat de travail de ce qui ne l'est pas, le concept de subordination s'élève comme un « standard »⁶⁸ ou une « notion cadre », c'est à dire une norme souple, qui selon Frossard, présente l'avantage de servir de :

« (...) modèle, (...) de référence permettant de porter une appréciation sur un acte ou sur un fait (...), tout en servant de critère, lequel relève d'une appréciation abstraite ou complexe qui n'est pas directement mesurable dans une unité universellement admise »⁶⁹

C'est, écrit-il, plus loin une « référence à la normalité ». Cette notion est à la jonction du vécu et de l'abstrait⁷⁰, capable aussi bien de s'abstraire du réel que de s'en nourrir. Cette « duplicité » de la notion cadre est sans aucun doute une précieuse alliée pour épargner la notion de subordination juridique de l'usure du temps.

⁶⁸ « Le standard a pu être décrit », écrit Serge Frossard « comme un « terme anglais signifiant « niveau, modèle, moyenne » parfois utilisé pour désigner un norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, (une) notion cadre ». D'autres l'ont perçu comme un terme « difficile à définir avec précision désignant la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans le groupe social » Serge FROSSARD, Les qualifications juridiques en droit du travail, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 30.

⁶⁹ Id., p. 30-31.

⁷⁰ Elle « est appelé(e) à être utilisé dans des situations fort différentes (...) la spécificité et la diversité des occurrences dans lesquelles on pourra avoir recours à un standart semble s'opposer à la généralité qui marque toute définition », Id., p. 34.

Plus généralement, il est intéressant de noter que l'apparition des standards remonte aux années 20⁷¹. Ce mouvement doctrinal est le fruit d'une réaction à l'encontre du formalisme juridique excessif dénoncé tant en Allemagne qu'en France, et surtout, illustré dans les travaux de Gény. Selon un autre auteur issu du même courant de pensée, il défend « (...) l'idée que le rôle du juge est de confronter en permanence la technique juridique aux intérêts sociaux dont il doit se faire l'interprète (...) »⁷². Et l'usage d'un standard devient dès lors pour Roscoe Pound « (...) une mesure moyenne de conduite sociale correcte. »⁷³.

Sur ce fond de réforme des modes classiques de définition juridique, les standards vont en premier lieu investir le champ du droit administratif puis, du droit économique. Leur commodité n'est évidemment pas étrangère à leur développement; ils sont une forme d'objectivation ouverte, dans un contexte en pleine évolution. La doctrine les considère comme **un nouveau mode de normativité** qui permet au droit de conserver un contrôle sur les faits en dépit de la mutation constante des rapports économiques et sociaux. C'est une forme de traduction juridique stable de nouveaux rapports économiques :

« Le recours à des standards ou notions-cadres correspond au développement des rapports socio-économiques complexes, hétérogènes issus du processus de concentration et de concurrence et de son accélération. » Cette normativité écrit Catherine Del Cont « (...) permet « *la transplantation* » des rapports économiques dans le champ de la régulation économique, et partant, d'accroître le pouvoir normatif du droit. »⁷⁴.

Il ressort des origines de la notion-cadre deux éléments. L'imprévisibilité de la notion est à n'en pas douter le tribut de sa souplesse. Cette qualité est dictée par les rapports

⁷¹ Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 2^e éd., L.G.D.J., 1948; Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., 1980, 564 p., en particulier p. 16-47.

⁷² Roscoe POUND cité par, S. RIALS, *id.*, p. 23-24 (les guillemets sont de l'auteur).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Catherine DEL CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, Condé-sur-Noireau, éd. L'Harmattan, 1997, 399 pages, p. 234 et 236 (en italique dans le texte).

économiques qu'elle se propose de réguler; elle acquière une légitimité et une autorité propre mais n'en demeure pas moins subordonnée aux rapports économiques.

En regard des rapports de travail, la notion de subordination juridique s'est érigée comme son symbole. Critère distinctif du contrat de travail, elle va connaître une évolution constante guidée par la jurisprudence et la doctrine.

Dès le début du XIX^e siècle, en France et au Canada, la notion cadre s'affirme et s'enrichit par des périodes de remises en question. Ces périodes serviront davantage de sédiments à la notion que d'épuration. Et ces qualités incontestables d'adaptation et d'intégration favoriseront sa propagation. Aujourd'hui encore, elle reste le critère distinctif du contrat de travail malgré plusieurs propositions en faveur de la création de nouveaux concepts. Tout au plus on peut noter l'apport de remèdes ponctuels pour combler les insuffisances de la notion.

De ce constat optimiste dressé plus tôt, il ne faut pas dissimuler l'insatisfaction, les difficultés et les critiques importantes et légitimes que cette notion a soulevées. La notion de subordination juridique, centrale dans la détermination du contrat de travail, était à l'origine étroite. Par la suite, elle a connu des vagues successives d'assouplissement au gré des mutations économiques et sociales au point de se dilater à l'extrême. De la structure pyramidale, fortement hiérarchisée, on est passé à des entreprises aux formes aplaties et plus souples, réunies parfois entre elles en réseau⁷⁵. Dans ce contexte, la structure et l'organisation du pouvoir s'en sont trouvées modifiées. À ces facteurs structurels d'autres se sont ajoutés, comme la structuration du marché du travail et l'évolution technologique⁷⁶. Mais en quoi ces grandes données ont-elles modifié la relation de travail salarié? Pour résumer les choses on peut d'ores et déjà avancer que la relation de travail s'est lentement

⁷⁵ François GAUDU, « Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui », (2003) 1140 Semaine sociale Lamy 20.

⁷⁶ Hedva SARFATI, « Interaction between Labour Market and Social Protection systems: Policy Implications and Challenges for the Social Partners », (2003) Summer The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations 253.

inclinée en faveur d'une forme de collaboration responsable⁷⁷ où l'autonomie des travailleurs s'avère grandissante.

La réaction de la jurisprudence à ce phénomène ne s'est guère faite attendre. Rapidement saisis du problème, les juges ont tenté de ne pas exclure du salariat ces travailleurs toujours plus autonomes dans l'exécution de leur travail. Cet acte de sauvetage jurisprudentiel a conduit la doctrine à revoir le contenu des concepts jusque-là définis.

Après plus d'un siècle d'application, des constantes peuvent être dessinées tant en France qu'au Québec, parmi lesquelles le rejet du critère exclusif de la rémunération et l'intégration de la dépendance économique à titre d'indice (b), ainsi que le déploiement d'une méthode multi-indicielles (c). Autre constance entre les deux pays, cette fois-ci dans la construction historique du critère de subordination juridique, ce sont les éléments déclencheurs. En effet, la question de la responsabilité civile, de l'octroi des bénéfices de la protection sociale et de la couverture d'un régime collectif de travail (a) seront au coeur des débats de l'élaboration de la notion cadre.

(a) Les éléments déclencheurs : les apports respectifs de la responsabilité civile, du droit des rapports collectifs et du droit social

En France, ainsi qu'au Québec, trois éléments allaient faire progresser de façon spectaculaire la notion cadre mais à des degrés divers. Alors que les rapports collectifs ont

⁷⁷ Pierre VERGE, « L'adaptation du droit du travail à la « nouvelle entreprise » », dans Jean BERNIER et al. (dir.), L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, 169 p., p. 20-42; Bruno HENRIET, « Entreprise éclatée et gestion du travail. Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines », Alain SUPLOT (dir.), Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1998, 640 p., 199-214.

été l'élément moteur au Québec (ii), ceux-ci ont joué un rôle presque insignifiant en France. Les lois sociales françaises et leur caractère progressiste contribueront davantage à son évolution (iii). Outre ces spécificités respectives, le Québec et la France ont en commun la contribution du droit de la responsabilité civile à l'élaboration du concept de salarié (i).

(i) La responsabilité
extracontractuelle : un
premier terrain
d'expérimentation

Le droit de la responsabilité civile a connu avec le phénomène de l'industrialisation à la fin du XIX^e siècle un déploiement considérable. En effet, la mécanisation du travail ainsi que les nouvelles modalités de travail vont engendrer des blessures de plus en plus fréquentes et graves aux ouvriers. Se fier au régime général contenu respectivement dans chaque Code civil pour l'obtention d'une compensation était une tâche titanesque. Le blessé devait prouver la responsabilité de l'employeur dans l'accident. Conscient des implications sociales pour les ouvriers et la société, le législateur est intervenu pour remédier à cette situation en organisant « un régime exceptionnel basé sur le risque et non sur la faute, de manière à pallier l'injustice sociale résultant de l'application sans nuance du régime de droit commun. »⁷⁸ ou comme le dira Thérèse Aubert-Monpeyssen en « substituant à l'idée de responsabilité sans faute, celle de risque d'autorité »⁷⁹.

⁷⁸ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIER, La responsabilité civile, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 1953 p., p. 14-15.

⁷⁹ T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61, p. 25; Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE et Rollande RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1265 p.

La première loi française, la Loi sur l'indemnisation des victimes des accidents du travail date du 9 avril 1898. Bien que l'on soit encore loin du régime contemporain tel qu'on le connaît aujourd'hui, elle est en soi une révolution; « une véritable charte de la mutualité »⁸⁰. Au Québec, la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles franchira ce pas dès 1909.

Le fait d'être ou non salarié comporte dans cette perspective un enjeu significatif; être indemnisé ou bien vivre de la charité publique en cas d'accident du travail. La jurisprudence⁸¹ a rapidement précisé les bénéficiaires de ces lois en présence de situations litigieuses. Puisque au terme de la loi française, par exemple, les bénéficiaires désignés sont « les ouvriers et employés de certaines industries ou entreprises ».

Le critère du lien de subordination juridique s'est alors imposé comme élément caractéristique et discriminant du contrat de travail. Ainsi, chaque fois que la jurisprudence a confirmé le bénéfice de cette loi, elle le fit au moyen de ce critère⁸².

En droit canadien, les juges retiennent la responsabilité civile de l'employeur dès lors que l'employeur peut être identifié et, que le geste posé est en relation avec l'emploi⁸³. Dans la célèbre affaire Couture⁸⁴, la question de la détermination du contrat de travail a été soulevée afin de déterminer qui, des deux parties, devait assumer la responsabilité de l'accident. Était-ce Couture, lui-même l'entrepreneur blessé ou bien Québec Asbestos Corporation qui exploitait la mine d'amiante? Le juge Rinfret pour répondre à cette question chercha à déterminer « le degré de dépendance professionnelle »⁸⁵ de Couture à

⁸⁰ Id., p. 30.

⁸¹ Ch. Réunies 8 Janvier 1908 D.P. 1908, I, 185.

⁸² Ch. Réunies 8 janvier 1908, D.P. 1908, I, 185.

⁸³ Curley c. Latreille, [1920] 60 R.C.S. 131.

⁸⁴ Quebec Asbestos Corp. c. Couture, (1929) R.C.S. 166-172.

⁸⁵ Fernand MORIN, Jurisprudence commentée en droit du travail, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1992, 860 pages, p. 49.

l'égard de l'entreprise minière. Son analyse, soutenue au moyen de références à la doctrine française, conclut à l'absence de lien de subordination juridique de Couture à l'endroit de l'entreprise.

« On y trouve les principaux caractères distinctifs du contrat d'entreprise : le mode adopté pour sa rémunération; le droit de choisir les hommes qu'il employait, de fixer leur salaire, de les diriger et de les renvoyer; la responsabilité en dommages comme conséquence de son défaut d'alimenter l'usine; surtout l'absence de lien de subordination juridique (...) et son indépendance dans les méthodes »⁸⁶.

Pourtant, l'analyse des faits révélera avec une lecture contemporaine une appréciation restrictive du lien de subordination juridique :

« (...) [L]es seules instructions que le contremaître de la compagnie avait à lui donner étaient de lui indiquer les endroits où il devait miner. La compagnie fournissait les outils, les accessoires et la dynamite. La pelle mécanique qui chargeait le bloc était manœuvrée par un employé de la compagnie. Lorsque ce dernier rencontrait des pierres (...) trop grosses (...) Couture devait y pratiquer de nouveau le dynamitage. ».

Que ce soit en France ou au Canada, les juges se sont heurtés aux mêmes difficultés de définition du contrat de travail. Face au silence du législateur, ils se sont ingéniés, avec l'appui de la doctrine, à dégager un critère permettant de le distinguer des contrats voisins et, par conséquence, d'étendre le bénéfice des lois protectrices à leur détenteur. Le terrain d'expérimentation fut au début du XIX^e siècle celui de la responsabilité civile⁸⁷. Parmi les apports importants à la promotion du lien de subordination comme critère caractéristique du droit du travail, il faut noter le droit des rapports collectifs pour le Canada et le droit social pour la France.

⁸⁶ Quebec Asbestos Corp. c. Couture, précité, note 84, 169-170.

⁸⁷ Harry, W. ARTHURS, « The Dependent Contractor: a Study of the Legal Problems of Countervailing Power » (1965) 16 n°1 University of Toronto Law Journal 89-117, p. 95 «Control may be important if vicarious liability is based to discourage negligent work practice».

Au Québec c'est principalement sous l'angle des rapports collectifs que la caractérisation du salariat s'est précisée. Le plus souvent il était question de déterminer si la personne visée par une requête en accréditation est un « employé » au sens du Code⁸⁸. En raison de la spécificité de l'organisation des rapports collectifs de travail au Canada et, plus particulièrement, au Québec, de la place qu'ils occupent dans l'organisation du travail et des choix fondamentaux et de société qui sont à la base de leur construction et de leur conception, on constate que l'ensemble de ces éléments sont à la base d'un régime qui, tant par son contenu que sa portée, ne peut pas être comparé à la France⁸⁹.

La voie collective est depuis l'après guerre une voie privilégiée : « (...) l'État réduisait d'autant le nombre et l'intensité de ses propres interventions directes, et cette façon de faire permettait du même coup d'atteindre la démocratisation des milieux du travail »⁹⁰.

Par conséquent, la primauté du contrat individuel de travail ainsi que le pluralisme syndical sont à eux seuls des spécificités françaises qui n'ont rien en commun avec le régime québécois, qui, à l'inverse, prône la primauté des rapports collectifs et le monopole de représentation syndicale⁹¹. Par ailleurs du fait du morcellement des lois du travail québécoises, chacune est élaborée en fonction d'un objectif qui lui est propre. L'interprétation de ladite loi est alors faite en fonction des objectifs de cette dernière et des principes du Code civil ou de la common law. Pour cette dernière raison, « [i]l faut éviter,

⁸⁸ Code du travail, L.R.Q. C-27.

⁸⁹ Voir deux analyses comparatives sur les rapports collectifs de travail au Canada et aux États-Unis, dans John LOGAN, « «How Anti-Union» Laws Saved Canadian Labour: Certification and Striker Replacements in Post War Industrial Relations» (2002) 57-1 R.I. p. 129-158; Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 Revue juridique Thémis 1.

⁹⁰ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, op. cit., note 62, p. 104, § I-87.

⁹¹ « une seule entreprise (...) un seul syndicat (...) une seule convention collective (...) », id., p. 61, § I-54.

au nom de la paix sociale et de l'existence même de la négociation collective, d'exclure de l'application de la loi des personnes exécutant des fonctions similaires dans des conditions similaires de subordination auprès du même employeur»⁹². Cet extrait de la décision du Conseil canadien des relations de travail⁹³ résume à lui seul les termes du débat. Cette orientation interprétative perd sa crédibilité dès lors que l'accès à la négociation collective brime la libre concurrence⁹⁴. « (...) l'accès à la négociation collective se trouvera donc là où nous aurons affaire à « l'entrepreneurship », notion essentielle de la concurrence et de notre économie de libre marché. »⁹⁵.

Sous l'angle des rapports collectifs de travail, la contribution de la jurisprudence québécoise au déploiement de la notion cadre et à la reconnaissance de la dépendance est essentielle puisqu'il s'agissait de déterminer les membres propres qui devraient être intégrés dans l'unité d'accréditation⁹⁶.

Il est à noter qu'incontestablement en France, ce sont les lois dites sociales qui ont joué un rôle décisif dans l'évolution de la notion cadre même si l'action collective a été significative⁹⁷. Ce rôle apparaît plus prégnant en France qu'au Québec, où le morcellement de la législation a toujours favorisé le cloisonnement des définitions en fonction de l'objet et du champ d'application de chaque loi. L'institution et le fonctionnement des rapports collectifs de travail assurent au premier plan la paix sociale. Alors qu'en France cette fonction fut dès les premières heures dévolue à l'État. Sa tutelle réclamée par plusieurs courants doctrinaux aboutira à l'élaboration de dispositions légales spécifiques⁹⁸.

⁹² Radio Canada, (1982) 44 Di 19 p. 73 et suiv.

⁹³ Aujourd'hui le Conseil canadien des relations industrielles.

⁹⁴ H. W. ARTHURS, loc. cit., note 87, p. 101 en particulier.

⁹⁵ Radio Canada, (1982) 44 Di 19 p. 73 et suiv.; voir les réflexions de H.W. ARTHURS, Id., p. 103.

⁹⁶ G. TRUDEAU, loc. cit., note 89, 1.

⁹⁷ Albert ROUDIL, « Le juridique dans les conflits sociaux », dans COLLIN, Francis et al., Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, P.U.G., 1980, 281 p., p. 91 et suiv.

⁹⁸ André BRUN, Henri GALLAND, Droit du travail, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p., p. 42-43.

(iii) Rôle des lois
sociales et du travail en
France

*« (...) les bénéficiaires des lois civiles posaient fort peu de problèmes de détermination. Il en allait tout autrement en matière sociale. La notion juridique de salariat n'a jamais exactement recoupé l'entité sociologique qui lui préexistait »*⁹⁹.

Dans les premières années, la jurisprudence a maintenu un principe unitaire dans l'appréhension de la notion cadre entre les lois du travail à proprement parler et les lois sociales afin d'assurer une cohérence juridique mais rapidement une pression vint à s'exercer désolidarisant cette construction jurisprudentielle. La multiplication des lois

Bien que l'apport syndical ne soit pas négligeable en France, on explique son demi-succès en raison de sa cause trop souvent desservie par ses excès. Aujourd'hui encore, la France contemporaine reste de l'avis de certains peu convaincue de ce mode de régulation. Le B.I.T. avance un taux d'adhésion de l'ordre de 9,2 % mais on serait plus proche de 5 %. Le Goff souligne à cet effet cinq facteurs explicatifs. Plus particulièrement, il évoque la dissociation entre le régime juridique de convention collective et l'appartenance, le fruit de la négociation, et l'appartenance syndicale. On est loin de la retenue obligatoire syndicale consacrée par l'article 47 du Code du travail québécois et du monopole de représentation syndicale (art. 67). À ce premier facteur s'ajoute celui de l'unité de référence. Au Québec, l'unité d'accréditation s'attache résolument à l'établissement tandis qu'en France l'entreprise reste le lieu de négociation; ce qui crée une certaine distanciation dans les rapports. Enfin, à ces deux facteurs issus de l'architecture des rapports collectifs français, il faut ajouter une réticence toute française à « s'embrigader ». Ces quelques facteurs réunis par l'auteur, sans prétendre à l'exhaustivité, expliquent la césure entre la France et le Québec du point de vue des modes privilégiés de régulation. Alors que le Québec privilégie une approche au cœur de l'entreprise, de l'unité d'accréditation, la France détourne son intérêt de la sphère négociée (au niveau de l'entreprise) au profit de l'État. Ce dernier dispose alors de la latitude pour « cogérer au sommet » Jacques LE GOFF, Droit du travail et société – Tome 2 Les relations collectives du travail, coll. « Petit Traité du droit du travail », Rennes, P.U.R., 2002, 590 p, p. 554.

⁹⁹ T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61, p. 11.

sociales et du travail soulevait la question de déterminer les bénéficiaires de ces dernières et en ce sens obligeait à définir le salarié.

Cette cassure s'explique selon Thérèse Aubert-Monpeyssen¹⁰⁰ par une tension exprimée entre les impératifs divergents des lois sociales et les lois du travail qui emportent des conséquences importantes sur la détermination des personnes assujetties, bénéficiaires desdites lois. Tandis que « les lois de justice » (les lois du travail) tentent de réguler la relation travailleur/employeur, les « lois d'assistance » (les lois sociales) reportent l'idée de régulation à la société donc au-delà des rapports inter-individuels. Or, au moment de la montée de l'interventionnisme étatique¹⁰¹, des tensions s'affichèrent clairement. D'un côté, les lois de justice retenaient un critère strictement défini du lien de subordination juridique, de l'autre, les lois d'assistance cherchaient à retenir une approche plus large, conformément à leur mission. C'est ainsi que le critère économique intégra la dimension traditionnelle de la notion cadre. La Cour de cassation¹⁰² soucieuse de maintenir l'unité de critère résista

¹⁰⁰ *Id.*, p. 25.

¹⁰¹ Préoccupations qui vont trouver leur voix à travers de grandes conquêtes sociales notamment la loi du 22 mars 1884 qui affirme le principe de liberté d'association professionnelle. Mais, à cette époque, il faudra surtout compter sur l'intervention de plus en plus fréquente du législateur dans la réglementation du travail. Cette intervention étatique conduit à régir le contrat de travail au moyen de règles qui aboutiront à la rédaction en 1901 du Code du travail (durée du travail en 1874 et 1900, repos hebdomadaire en 1906 ; accident du travail en 1898; hygiène et sécurité en 1893; délai-congé en 1890). L'autre volet sur lequel interviendra l'État concernera davantage l'aménagement des structures sociales (Loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales et Loi du 11 mars 1932 concernant les allocations familiales). Dans un environnement teinté de crise économique et après la grande grève de 1936, l'interventionnisme étatique s'accroît tout en accordant une place importante au règlement entre partenaires sociaux.

¹⁰² Cass. civ. 6 juillet 1931, D.P. (1931) I 121 (note de Pic) décision par laquelle la Cour de cassation dénonça fermement l'interprétation administrative de la Loi du 30 avril 1930 sur les assurances sociales, qui s'était bien gardée d'en définir les bénéficiaires et, qui, par voie de circulaire, précisa l'interprétation du terme salarié de la façon suivante : « L'interprétation du terme salarié doit être très compréhensible. L'objet de la loi est, en effet, de protéger contre les risques sociaux tous les travailleurs économiquement faibles, c'est-à-dire tous ceux qui, se trouvent placés, à l'égard de celui qui les rémunère, dans un rapport soit de subordination personnelle, soit de dépendance économique ». La Cour de cassation indiqua fermement que ce

dans un premier temps à la tentation d'intégrer un critère économique. Plus tard, la rupture interviendra, dans un arrêt de la chambre civile rendu en date du 25 novembre 1936¹⁰³, dans lequel elle abandonnera **le critère de subordination juridique** dans la détermination des bénéficiaires des assurances sociales. De la même façon en matière d'accidents du travail, la conception étroite du lien de subordination juridique fut rejetée; « toute lésion qui se produit au lieu et au temps de travail, doit être considérée, sauf preuve contraire, comme résultant du travail »¹⁰⁴. Par conséquent, la jurisprudence retiendra une conception large de la dépendance et rejettera de fait la conception strictement entendue de la notion de subordination juridique au sens strict.

Au milieu des années trente, le portrait d'une conception unitaire du salariat est fissuré. L'arrivée des lois destinées à la protection contre les risques sociaux privilégie une conception économique de la relation de travail dans le but d'accorder le bénéfice des assurances sociales à une catégorie plus large d'individus. Par exemple, le 28 octobre 1935¹⁰⁵, accorde expressément le bénéfice de la loi à « tous les salariés et d'une façon générale, toutes les personnes de nationalité française, de l'un ou de l'autre sexe, travaillant à quelque titre que ce fut, pour un ou plusieurs employeurs ». L'esprit et le contenu du texte

critère ne saurait valablement déterminer la qualité de salarié et réaffirmait la pertinence du critère de subordination juridique.

¹⁰³ Cass. civ. 25 nov. 1936, D. 37 (note de Pic).

¹⁰⁴ Cass. civ. 29 juillet 1935, D.P. 1936 I 137 (note de Rouast), citée par T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61. p. 38, note 35.

¹⁰⁵ L'article 3 de la loi du 28 octobre 1935 énonçait en plus des bénéficiaires, une liste de ceux considérés « assimilés »: « (...) sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales, quelles que soit la forme et la nature du contrat qui les lient, même s'ils ne sont pas occupés dans l'établissement de l'employeur ou du chef d'entreprise, même s'ils ne sont pas occupés dans l'établissement de l'employeur ou du chef de l'entreprise, même s'ils possèdent tout ou partie de l'outillage nécessaire à leur travail et même s'ils sont rétribués en totalité ou en partie(...)1- les personnes travaillant à domicile, habituellement (...) 2- les voyageurs et représentants de commerce non patentés (...) 3- les employés d'hôtels, cafés et restaurants (...) 4- les conducteurs de voitures publiques (...) 5- les porteurs de bagages (...) 6- les ouvreuses de théâtres, cinéma (...) ».

consomment la rupture entre le chemin pris par la Cour de cassation et celui du législateur qui, invariablement, entendait protéger les bénéficiaires en raison de leur situation sociale. À cette période de scission succède une période de « rapprochement » qui selon Paul Pigassou a pour objet le « recentrage des notions de droit du travail sur celles de la Sécurité Sociale »¹⁰⁶. Face à ce contexte, la Cour de cassation est amenée à assouplir le critère de subordination juridique. La Cour se montre plus libérale dans ses analyses; elle n'exige pas en toutes circonstances, un contrôle étroit de l'employeur. La Cour de cassation qui s'objecta vivement à l'arrivée du critère économique dans le processus de qualification juridique du contrat de travail, tempère progressivement sa position pour finalement s'enrichir du concept économique en l'incorporant à la notion cadre de subordination juridique. De ce qui fut un combat dans un premier temps, la notion de subordination juridique en sort enrichie et assouplie.

Un «rapprochement »¹⁰⁷ en douceur

De cette période de rapprochement qui correspond à la période d'après-guerre où le pays s'engagea résolument vers la généralisation de la protection sociale, allait naître la Sécurité Sociale, symbole de la transposition collective des modalités de réparation. Le critère d'affiliation, désormais, répondrait aux objectifs de généralisation à savoir, la dépendance professionnelle. Il s'appuie sur la notion d'activité professionnelle et occulte la nature du contrat comme élément déterminant pour ne laisser dominer que l'idée d'une relation de fait (L. 241).

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation allait retenir une interprétation restrictive du texte. Parallèlement à cette poussée en faveur d'un critère plus large dans le domaine de la sécurité sociale, le droit du travail allait connaître ses premières expériences destinées à augmenter sa portée. Ses premières expériences législatives d'assimilation

¹⁰⁶ Paul PIGASSOU, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale » (1982) 7-8 Droit social 580.

¹⁰⁷ Qualificatif retenu par Paul PIGASSOU pour caractériser cette période : id., 579.

allaient se déployer en faveur des journalistes¹⁰⁸, des chauffeurs de taxis, des concierges puis, des V.R.P.¹⁰⁹, et, enfin, des travailleurs à domicile¹¹⁰. Le but est alors de réunir des travailleurs sur une base objective, c'est-à-dire intégrer des travailleurs qui, bien qu'étant dans une situation socio-économique voisine de celle des salariés, avaient jusque-là été exclus en raison de la difficulté à établir la preuve de l'existence d'un lien de subordination. Durant l'après-guerre, l'avènement de la sécurité sociale bouleversa une nouvelle fois ce paysage. Désormais le principe proposé reposait sur la généralisation du champ d'application des bénéficiaires¹¹¹. C'est à travers le critère de dépendance professionnelle que se dessinait le vaste champ d'application de la législation de la sécurité sociale qui allait connaître, selon les termes de Jacques Doublet¹¹², un élargissement horizontal mais aussi vertical.

¹⁰⁸ Loi du 29 mars 1935 sur le statut des journalistes professionnels, retient le critère prôné par Paul CUCHE, dans « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », (1932) 30 Dalloz Chr., 101 puisque le critère distinctif par lequel est conféré le statut est celui de la personne qui tire le principal des ressources nécessaires à leur existence.

¹⁰⁹ Loi du 18 juillet 1937 sur le statut légal des voyageurs, représentant de commerce, placiers. Cette loi prévoit le bénéfice de certaines dispositions du droit du travail lorsque certaines conditions sont remplies, conditions parmi lesquelles ne figure pas la subordination juridique. Plus tard, cette influence, ira dans un sens inverse puisque l'ordonnance du 19 octobre 1945 se réfère au Code du travail pour définir le champ d'application à l'égard des V.R.P. Ce mouvement de va et vient entre les deux droits sera qualifié de « mouvement de navette » par Pigassou.

¹¹⁰ Loi du 1er août 1941 et du 28 juin 1943, ici la loi écarte le critère de subordination juridique de façon formelle et se fie à certaines conditions objectives, dont la dépendance économique.

¹¹¹ Voir notamment les ordonnances des 4 octobre 1945 sur l'organisation de la Sécurité sociale et 19 octobre 1945 relative aux accidents du travail.

¹¹² Jacques DOUBLET, Sécurité sociale. coll. « Thémis », Paris, éd. PUF, 1967, p. 86 élargissement horizontal, car étendu à tous les salariés en vertu de critère de dépendance, et vertical car l'ensemble des travailleurs pouvaient en bénéficier, pas seulement les ouvriers et les employés de l'industrie (suppression du plafond d'affiliation).

« Ainsi dès 1946, pour l'application de la législation des accidents du travail se trouvait affirmée la notion de dépendance professionnelle »¹¹³.

Mais une nouvelle fois, la jurisprudence¹¹⁴ retiendra une application restrictive de cette réglementation en réaffirmant la nécessité d'un lien de subordination entre les parties. Il faudra attendre 1966 pour que les liens entre les deux secteurs se tissent de nouveau. En effet, à cette date le contentieux de la sécurité sociale allait être rapatrié à la chambre sociale ce qui allait favoriser le rapprochement entre le droit du travail et de la sécurité sociale et créer une plus grande cohérence entre ces deux domaines; à de multiples reprises, le droit du travail s'obligera à tenir compte des nouvelles réalités du travail et de l'entreprise.

Ainsi dans une logique d'unification, les droits du travail et de la sécurité sociale démontrèrent de façon alternative des glissements en forme de rapprochement pour donner dans les années quatre-vingt une réponse à peu près identique à l'identification du contrat de travail. En date du 13 novembre 1996, la Cour de cassation a décidé de retenir une définition unique du critère de subordination juridique que l'on soit sur le terrain du droit du travail ou celui de la sécurité sociale. Ce travail d'approche respectif allait finalement conduire à des compromis pour le droit de la sécurité sociale et pour le droit du travail. En ce qui a trait au droit social, il convenait désormais d'accorder une place à la réalité diffuse du contrat de travail, tandis que pour le droit du travail de concentrer son champ d'application sur le lien de subordination mais, en l'enrichissant de la réalité.

Progressivement le droit du travail, au contact du droit social, a pris en considération certaines activités qui pourtant supposent à la fois autonomie, indépendance ou encore libre expression. Alors que la notion cadre du contrat de travail évinçait de telles caractéristiques, progressivement elle s'est assouplie pour aboutir à la prise en considération d'une approche « (...) fonctionnelle, résultant de l'appartenance à une

¹¹³ T. AUBERT-MONPEYSSSEN, *op. cit.*, note 61, p. 45.

¹¹⁴ Cass. soc. 15 déc. 1949, *D.* 1950, 209.

organisation économique (...)»¹¹⁵ : la notion de travail et son intégration au sein d'un service organisé.

(b) L'analyse contemporaine :
déceler la dépendance

Alors que la France s'est rapidement polarisée sur la notion de subordination juridique, le Québec a eu une approche moins exclusive à certains égards pour la détermination de la notion de salarié. L'influence de l'approche pragmatique américaine n'est sans doute pas étrangère à ce constat, tout comme le rejet d'une intervention étatique telle que l'a connue la France. Ce choix, laissé davantage entre les mains des acteurs sociaux et des juges québécois, dans l'appréhension de la dépendance dans le travail, aboutira, par exemple à l'introduction du concept « d'entrepreneur dépendant » dans la législation du travail.

Malgré ces différences de parcours, le Québec et la France ont adopté durant la période contemporaine des critères de désignation du contrat de travail similaires. Dans cette perspective, après avoir analysé l'appréhension de la notion de subordination dans chaque pays (i) (ii), quelques éléments de synthèse seront par la suite brossés (iii).

(i) La France

Dès les premières lois sociales, le débat sur la caractérisation du contrat de travail fut enclenché. Dans ses premières heures, la notion de subordination économique a eu un

¹¹⁵ Alain SUPIOT, Le droit du travail, Paris, coll. « Que sais-je », n°1268, P.U.F., 2004, 127 pages, p. 74-75.

accueil favorable de la jurisprudence. Puis, elle fut écartée au profit du lien de subordination juridique. Dès lors l'attention était davantage portée sur l'assujettissement d'une partie vis-à-vis de l'autre que sur l'exclusivité et la provenance des ressources. Aujourd'hui le lien de subordination juridique reste dominant dans l'analyse française. Par contre, en pratique, il est assorti d'une série d'indices suffisamment nombreux et au poids, parfois conséquent, pour douter de sa réelle prédominance. D'ailleurs, récemment, la doctrine titrait à son sujet « une subordination sociologique? »¹¹⁶. C'est une façon de relever à la fois la richesse de la notion cadre et en questionner la pertinence de contenu.

En France et au Québec la notion cadre s'est enrichie de deux indices qui à un moment de l'histoire jurisprudentielle ont tenté de caractériser principalement le contrat de travail; il s'agit du critère de rémunération puis celui de dépendance économique. Et très tôt, la faiblesse de ces critères fut dénoncée.

Après avoir connu un certain succès et avoir été défendu par Planiol¹¹⁷, le critère de la **rémunération** allait perdre de son prestige. Tant les juges que la doctrine le réfutèrent comme élément caractéristique du contrat de travail. Plusieurs critiques lui furent assénées, notamment celle d'accorder une vision strictement matérialiste et économique dénuée de toute portée sociale. Elle faisait fi de la relation de travail pour privilégier un aspect technique de la relation. Sur un plan pratique, se baser sur le mode de rémunération aboutissait à l'aberration suivante :

« (...) en permettant de traiter de manière différente des ouvriers travaillant dans le même atelier à une tâche identique, elle constituait le moyen pour l'employeur, de se soustraire aux dispositions sociales naissantes. »¹¹⁸.

¹¹⁶ J. LE GOFF, *op. cit.*, note 98, p. 127.

¹¹⁷ André ROUAST et Paul DURAND, *Précis de législation industrielle, (Droit du travail)*, 4^e éd., Paris, éd. Dalloz, 1951, p. 344.

¹¹⁸ T. AUBERT-MONPEYSEN, *op. cit.*, note 61, p. 8.

Les conséquences pratiques peu justes auxquelles ce critère aboutit, entérinent son abandon par la doctrine qui au début du XX^e siècle confirme la voie prétorienne déjà tracée :

« (...) le critérium du mode de rémunération, considéré jadis comme source essentielle de la division des contrats ayant des travaux pour objet, devenait sans valeur en face d'un rapport de droit fondé sur la condition sociale des parties, parce qu'en pareil cas c'est cette condition sociale qui doit servir de critérium à son application plus que les caractères juridiques du contrat intervenu »¹¹⁹.

Plus sensible à la condition sociale mais toujours sous le registre économique, le critère de la dépendance économique a été, quant à lui, plus sérieusement exploré¹²⁰. L'un des protagonistes en la matière fut Paul Cuche qui, dès 1913¹²¹, se prononçait en faveur du critère de dépendance économique :

« Le droit ne peut avoir la prétention de régler des rapports sociaux qu'à condition de s'adapter aux faits d'où ces rapports ont surgi parmi ces faits, le plus évident, le plus considérable n'est-il pas l'inégalité de puissance économique entre les hommes que les nécessités de la vie contraignent à mettre leurs activités en collaboration? »¹²²

L'ambition était alors d'accorder la protection issue du contrat de travail chaque fois qu'une situation de travail laissait entrevoir une situation de dépendance économique. Le choix de ce critère distinctif repose sur une observation critique des pratiques entretenues au début du XX^e siècle, retracées, par Rouast et Durand¹²³ :

¹¹⁹ Jean SAVATIER, « Note sous Poitiers, 5 déc. 1923 », (1924) (2) D.P. 73.

¹²⁰ Rodrigue BLOUIN, « Le rapport de dépendance économique comme norme de qualification du salarié au sens du Code du travail », (1974) 20 McGill Law Journal 429.

¹²¹ Paul CUCHE, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail » (1913) Revue critique, p. 424.

¹²² P. CUCHE, loc. cit., note 108, p. 103.

¹²³ A. ROUAST, P. DURAND, loc. cit., note 117, 345.

« l'ouvrière qui travaille à domicile moyennant une rémunération dérisoire que lui a fixée l'industriel à qui elle doit remettre son ouvrage, mérite la même protection que celle qui travaille à l'usine ».

La doctrine justifie ce choix par le constat de :

« l'inégalité de puissance économique entre les hommes » et de « l'obsédante préoccupation de caractère alimentaire du salaire »¹²⁴.

Mais cette prise en compte du social sera sans tempérance, reléguant une fois de plus le volet juridique aux oubliettes ou, à tout le moins, en second plan. À cet égard la position de Dallaire est claire :

« (...) nous ne sommes pas découragés par un récent arrêt de la Cour de cassation qui, pour l'application de la loi sur les assurances sociales, ne veut se référer qu'au lien juridique des parties et repousse l'idée de dépendance économique (...). En effet, nous ne prétendons point que cette notion éclipse forcément, de façon totale, certaines idées auxiliaires telles que la surveillance exercée, les instructions données, la compétence technique; mais l'influence de ces notions secondaires ne doit se produire, pour que la notion de préposé reste fidèle à ses origines, que dans les cadres généraux assignés à celle-ci par des raisons fondamentales ».^{124 bis}

On l'aura compris, cette insensibilité partielle à la précision juridique n'allait pas emporter l'adhésion des juristes. Ce projet de détermination du contrat de travail sous l'angle économique allait s'évanouir pour un temps mais recouvrir quelque pertinence par son incorporation au critère de subordination juridique. L'abandon de la dépendance économique comme critère principal sera effective dès 1931 dans l'arrêt Bardou¹²⁵ ce qui vaudra la réponse suivante de Cuche dans l'année qui suivra celle de l'arrêt :

« [L'employeur] ne devra rien par contre à tous ces humbles collaborateurs qui vivent au jour le jour de son activité économique, comme il vit de la leur,

¹²⁴ P. CUCHE, *loc. cit.*, note 108, 108.

^{124 bis} Cass.crim. 9 janv. 1931, *D.H.* 1931, 1, 148 (note Dallaire).

¹²⁵ Cass. civ. 6 juillet 1931, *D.P.* 1931, 1, 121 (note de Pic).

mais qui ne sont point placés sous son autorité. La grande pensée de fraternité humaine qui inspire la législation sociale est écartée. Dans l'œuvre de la production ce n'est plus la solidarité qu'il faut prendre en considération mais la hiérarchie, c'est à elle que tout doit être rattaché. L'employeur a des devoirs envers le travail, non point parce qu'il en profite, mais parce qu'il commande. »¹²⁶

Dès lors, le critère de subordination juridique aura les préférences des juges et de la doctrine. La condition sociale est désormais délaissée au profit d'un examen attentif du contrôle, de la surveillance et de la direction exercés. L'employé est désormais celui qui accepte de se placer sous l'autorité, la direction de l'employeur.

Cette notion est loin d'être aussi homogène qu'elle n'y paraît. Compte tenu des propriétés inhérentes à la « notion cadre », en plusieurs décennies d'existence, elle s'est dotée d'indices. Cette déclinaison d'indices offre une variété d'éléments nécessaires pour révéler la présence ou l'absence d'un contrat de travail, une fois confrontés à la pratique réelle du contrat. Elle est donc issue de la pratique du droit et mute ainsi au gré des évolutions sociales et législatives¹²⁷. Rien d'étonnant à voir que « (l')adaptation du lien de subordination juridique s'opère donc par la traduction en termes juridiques, des données caractérisant l'état de dépendance économique. »¹²⁸

Par exemple, la Loi du 29 mars 1935 sur le statut des journalistes professionnels¹²⁹, retient le critère de dépendance économique de Paul Cuche pour accorder à ce travailleur une présomption de salariat à certaines conditions, notamment qu'il tire principalement ses ressources de son activité¹³⁰ pour son existence. Le même raisonnement peut s'appliquer à

¹²⁶ P. CUCHE, loc. cit., note 108, 104.

¹²⁷ T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61.

¹²⁸ T. REVET, op. cit., note 23, p. 149.

¹²⁹ Loi du 29 mars 1935 sur le statut des journalistes professionnels, retient le critère prôné par Paul Cuche, dans loc. cit., note 108, 101 puisque le critère distinctif par lequel est conféré le statut est celui de la personne qui tire le principal des ressources nécessaires à leur existence.

¹³⁰ Catherine PUIGELIER, J.-Cl. Traité travail, fasc. 17-1, v° Salariat, § 119.

d'autres travailleurs assimilés : les V.R.P.¹³¹, les travailleurs à domicile¹³². L'objectif est alors de contrer les déficiences du critère de subordination juridique afin de réunir des travailleurs sur une base objective. Il s'agit d'intégrer des travailleurs qui, bien qu'étant dans une situation socio-économique voisine de celle des salariés, avaient été jusque-là exclus en raison de la difficulté d'établissement de la preuve de leur lien de subordination.

Ainsi sous le couvert du lien de subordination juridique, la notion cadre acquière une dimension qui au gré du temps s'élargit. En particulier, face à un contexte où les manifestations du contrôle exercé par l'employeur ne sont plus aussi ostensibles, les juges tentent d'approcher une forme de contrôle plus diluée. Ils y parviendront avec la notion de « service organisé »¹³³. Selon Le Goff, cette notion conduit « (...) à privilégier une approche globale de tonalité sociologique (...) »¹³⁴ qui réunit différents indices tels que les horaires de travail imposés, le lieu de travail et la fourniture de matériaux. Cette notion comporte selon Puigelier¹³⁵ deux séries d'indices qui relèvent d'une part, d'une subordination où figure la « la dépendance centrale » sans distinction entre les emplois et, d'autre part, d'une subordination au sens large qui comprend des éléments de la « dépendance périphérique ».

En l'état actuel du droit, la jurisprudence française adopte la méthode des indices parmi lesquels figure au premier rang, la subordination au sens strict. Dans ce cadre plusieurs

¹³¹ Loi du 18 juillet 1937 sur le statut légal des voyageurs, représentants de commerce, placiers. Cette loi prévoit le bénéfice de dispositions du droit du travail lorsque certaines conditions sont remplies, parmi lesquelles ne figure pas l'exigence du lien de subordination juridique. Plus tard, cette influence, ira dans un sens inverse puisque l'ordonnance du 19 octobre 1945 se réfère au Code du travail pour définir le champ d'application à l'égard des VRP. Ce mouvement de va et vient entre les deux droits sera qualifié de mouvement de navette par Pigassou.

¹³² Loi du 1er août 1941 et du 28 juin 1943, ici la loi écarte le critère de subordination juridique de façon formelle et se réfère, si certaines conditions objectives sont réunies, à la dépendance économique.

¹³³ Cass. Ass. plé. 18 juin 1977 (affaire Hebdo-Press), Bull Civ. I, 9; Cass. soc., 13 nov. 1996, J.C.P. éd. E 1997 II, 911 (note de J. Barthélémy).

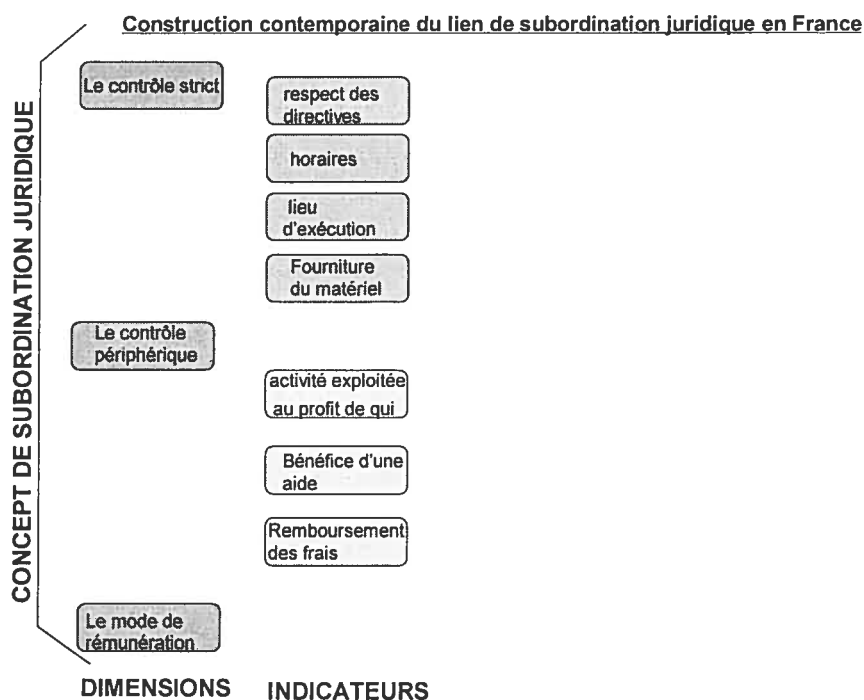
¹³⁴ J. LE GOFF, op. cit., note 98, p. 128.

¹³⁵ Catherine PUIGELIER, J.-Cl. Traité travail, fasc. 17-1, v° Salariat, § 46.

indices sont scrutés; en priorité, le respect des directives et des horaires ainsi que le lieu d'exécution et la fourniture de matériels. Pour les formes plus périphériques de subordination, il est nécessaire d'examiner au profit de qui l'activité est exploitée. Le travailleur bénéficie-t-il d'aide et, enfin, qui assume les frais relatifs à l'exercice de l'activité?

Enfin, le mode de rémunération constitue le troisième indice; il ne revêt qu'un caractère subsidiaire par rapports aux deux précédents.

Figure 1 - Construction contemporaine du lien de subordination juridique



L'approche française bien qu'elle ait réaffirmé, en 1996, un attachement au lien de subordination juridique conçu sous une ligne orthodoxe, n'en a pas moins adopté une approche réaliste. En certaines circonstances, elle se tourne davantage vers l'organisation que la direction de la force de travail. L'arrêt Labbane qui a fait grand bruit quant à la

requalification d'un contrat de locataire de taxi en contrat de travail montre la capacité des juges à déjouer un contrat savamment articulé pour réaffirmer l'autorité des lois du travail. L'approche réaliste contrecarre en partie ces situations de travail salarié dissimulées et conduit à requalifier le contrat selon sa nature juridique véritable. En conséquence, ni la dénomination du contrat attribuée par les parties, ni la volonté des parties ne suffit à déjouer la qualification juridique véritable du contrat; c'est l'indisponibilité de la qualification¹³⁶.

À cette orientation jurisprudentielle, il faut adjoindre le travail du législateur qui a, certes, contribué à la fragmentation des statuts de travail salarié mais a, par ailleurs, aussi contribué à conserver certaines formes de travail situées à la lisière du contrat de travail.

Dans cette même perspective, il convient d'analyser l'appréhension de la dépendance en droit du travail québécois. Certains rapprochements avec la France sont indiscutables, tandis que d'autres aspects sont spécifiques au Québec.

(ii) Le Québec

Dans les pays de tradition de **common law**, et en Amérique du Nord, l'attachement au critère de **la dépendance économique** a laissé davantage d'empreinte qu'en France. Non seulement la doctrine¹³⁷ mais aussi la jurisprudence lui ont accordé implicitement une place de choix. Par exemple, le concept d'entrepreneur dépendant a été retenu et introduit

¹³⁶ « Attendu que l'existence de la relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de faits dans lesquelles est exercée l'activité », Cass. soc. 19 décembre 2000 arrêt Labanne; art. 12 N.C.P.C. qui précise que le juge ne doit pas s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée; Cass. Ass. plé. 4 mars 1983, (arrêt Barrat) (1983) D. 38 (concl. Cabannes).

¹³⁷ H. W. ARTHURS, loc. cit., note 87, p. 101; R. BLOUIN, op. cit., note 120, 429; Rodrigue BLOUIN, « La C.R.T., le concept de salarié et les nouvelles réalités d'exécution du travail subordonné », Développements récents en droit du travail, Service de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 137-177.

dans la grande majorité des législations fédérale et provinciales canadiennes¹³⁸. Il demeure que même si la réceptivité est grande à l'endroit de ce critère il est désormais relégué de la présomption de droit à celle de fait.

Introduite sous l'impulsion conjuguée de la jurisprudence et de la doctrine¹³⁹ dans les années soixante, la notion d'entrepreneur dépendant fut en premier lieu incorporée dans le Code canadien du travail puis, par la suite, intégrée dans différentes législations provinciales¹⁴⁰.

Le Professeur Arthurs avait, dès le milieu des années soixante¹⁴¹, réaffirmé l'importance du droit à la négociation collective comme outil pour rééquilibrer le rapport de force¹⁴² à l'égard de ceux placés dans un état de dépendance économique :

« They are prisoners of the regime of competition. Because the choice of either legal designation “employee” or “independent contractor” – in effect prejudices the issue of their right to bargain collectively, a new term is needed “dependent contractor”. »¹⁴³.

Dans la foulée de ce texte doctrinal, le Rapport Woods recommanda l'introduction de ce concept dans la législation fédérale du travail. Plus tard, Le Professeur Bendel¹⁴⁴ regrettera l'introduction de ce nouveau concept qui, selon lui, n'ajoute rien au travail jurisprudentiel existant sur la détermination du salariat. L'« organization test » permet de saisir d'ores et déjà ces travailleurs dépendants économiquement.

¹³⁸ Serge BRAULT, Daniel LAVERY, Johanne DESPATIS, Michel GAMACHE, *L'entrepreneur dépendant dans la législation du travail dans les juridictions canadiennes suivantes : Fédéral, Nouvelle-Écosse, Québec, Ontario, Alberta, Colombie Britannique, Ottawa, D.R.H.C.*, avril 1998, 118 pages.

¹³⁹ H. W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 87.

¹⁴⁰ Michael BENDEL, « The Dependent Contractor : an Unnecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law », (1982) 32 *University of Toronto Law Journal* 381.

¹⁴¹ H. W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 87, p. 101.

¹⁴² *Id.*, 95 et 109 et suiv.

¹⁴³ *Id.*, 89.

¹⁴⁴ M. BENDEL, *loc. cit.*, note 140, 381.

Cette expérience, à ce jour, n'a pas été séduisante; pourtant la conjoncture laisse à croire que cette frange de la population active ne demandera qu'à croître d'ici les prochaines années. D'ailleurs il est symptomatique de noter que les travailleurs pour lesquels le Professeur Arthurs réclamait la création d'une catégorie « d'entrepreneur dépendant » à savoir : « (...) truck-driver; peddlers and taxi-cab operators, farmers, fishermen and services station lesses (...) »¹⁴⁵ ne bénéficient toujours pas, pour leur majorité, de cette qualification. Tout récemment la doctrine a relevé qu'au Québec il « ne répugne donc plus aux organismes décideurs de soutenir leur analyse de qualification juridique à l'aide d'éléments économiques plutôt que de strictes données de contrôle techniques sur l'exécution d'une prestation de travail »¹⁴⁶. Ce constat rejoint les observations qui ont pu être faites en France¹⁴⁷. Il faut néanmoins relativiser ce constat car même si le Québec semble plus enclin à une approche économique, il demeure qu'une résistance à la permutation du critère de subordination juridique au profit de la dépendance économique est bien visible. Cette conquête en faveur d'une meilleure reconnaissance du critère économique est loin d'être acquise.

L'opposition apparente, entre la dimension juridique et économique de la dépendance, qui a martelé la doctrine et la jurisprudence des années 30 et 40, en France, et, plus tard, au Québec¹⁴⁸, s'est érodée. L'évolution de la législation impérative en droit du travail laisse d'ailleurs à penser que la dépendance économique a pu être un élément moteur dans son élaboration. D'un point de vue théorique, la primauté de la thèse classique, à savoir, la reconnaissance de la seule subordination juridique, persiste. Elle donne une lecture

¹⁴⁵ H. W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 87, 89.

¹⁴⁶ R. BLOUIN, *loc. cit.* note 137, 152.

¹⁴⁷ T. REVET, *op. cit.*, note 23, p. 208. Voir en particulier la section intitulée « Le recours à des indices issus de l'approche économique de la relation de travail ».

¹⁴⁸ Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, (1980) T.T. 480; Les Pétroles Irving c. Syndicat international des travailleurs des industries pétrolières, chimiques et atomiques, Locaux (1979), T.T., 209; voir sur cette question R. BLOUIN, *op. cit.*, note 120, 429.

résolument contractuelle en dépit de la montée en puissance de la pensée utilitariste, qui a servi de berceau au développement de la règle de droit, conçue comme une variable économique¹⁴⁹.

Dans ce cas, même si certains éléments laissent à penser qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise, la dépendance économique de l'une des parties permet de conclure à l'existence d'un lien de subordination. Deux éléments corroborent cette conclusion; l'exclusivité du contrat et les modalités de rémunération. Il est clair que lorsqu'une majorité du temps de travail est consacré en exclusivité à une entreprise et, qu'au surplus, ce travail constitue pour l'exécutant sa principale source de revenus, on sera généralement amené à conclure en faveur du salariat. Les juges, tant en France qu'au Canada, retiennent parfois la question de la dépendance économique pour qualifier avec d'autres critères le contrat de travail.

Au Canada, le premier grand arrêt à avoir développé un test pour établir l'existence d'un lien de subordination juridique date de 1947¹⁵⁰. Le juge Lord Wright dégage à cet effet quatre indices capables de distinguer le contrat de travail (contract of service) du contrat d'entreprise (contract for services). « Whose business is it? »¹⁵¹. Il s'agit de déterminer le contrôle de l'exécution du travail, la possibilité de faire des profits et de générer des pertes ainsi la propriété des outils.

Au gré du temps et de l'évolution des modalités de travail, un autre critère s'ajouta; celui de **l'intégration du travailleur dans l'organisation**, "*the organization test*" et ce dès 1967¹⁵². Il s'agit alors de savoir si « the person who has engaged himself to perform these

¹⁴⁹ La thèse utilitariste s'est opposée à « l'ordre spontané » de Friedrich A. HAYEK, Droit, législation et liberté, T. 3, L'ordre politique d'un peuple libre, Paris, éd. Quadrige, P.U.F., 1995, 253 p., p. 44 et suiv.

¹⁵⁰ Montréal c. Montréal Locomotive Works Ltd., (1947) 1 D.L.R. 161 (Conseil privé).

¹⁵¹ Montreal Locomotive Works Ltd. et al., (1946) WWR 758 (PC); Yellow Cab Ltd. v. Board of Industrial Relation, [1980] 2 SCR 761.

¹⁵² Co-Operators Insurance Association c. Kearney, [1965] R.C.S. 106, voir p. 112 (J. Spence)

services performing them as the person in business on his own account? »¹⁵³; autrement dit déterminer si la personne s'intègre à l'organisation d'un tiers. Il importe peu que le travailleur exerce son activité professionnelle principalement en dehors de l'enceinte de l'entreprise. L'objectif est davantage d'analyser la relation dans sa globalité¹⁵⁴. Ce qui correspond en France au "travail dans un service organisé au profit d'autrui" ou "l'intégration à l'entreprise d'autrui".

Sans doute l'un des critères les plus importants est celui du **contrôle** pour déterminer l'existence d'un lien de subordination juridique. Dans l'affaire Ville de Brossard¹⁵⁵, le juge Brière écrit que « la subordination est le fait d'être soumis à l'autorité de quelqu'un »¹⁵⁶. "La subordination", c'est le fait d'être soumis à la puissance d'un autre...une puissance susceptible de se manifester par l'exercice soit d'un pouvoir de direction, surveillance ou contrôle sur l'exécution d'une tâche, soit d'une autorité disciplinaire sur un subalterne, soit simplement de la faculté de "libérer" le subordonné de sa dépendance en mettant fin à la relation, c'est-à-dire effectivement en le renvoyant. Il s'agit d'un critère clé puisque seul le

¹⁵³ M. BENDEL, *loc. cit.*, note 140, 381.

¹⁵⁴ Récemment le critère de « la personne qui exerce le plus grand contrôle » a été édifié en Cour suprême pour identifier qui est le véritable employeur dans le cadre d'une relation tripartite (j. Lamer). Ce critère a fait l'objet de critique, notamment le Professeur Bich : « On s'étonne d'autant que la plupart des éléments dont il recommande la prise de considération sont précisément ceux qui, dans la théorie moderne, définissent le lien de subordination et sont l'indice le plus clair du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur. » « Critique de la décision majoritaire rendue par Lamer dans l'affaire Pointe Claire quant à l'élément « intégration à l'entreprise » traité avec une certaine légèreté, n'oublie-t-on pas qu'il s'agit du fondement même (et du justificatif) du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur? » BICH Marie-France, « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans Les développements récents en droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 276.

¹⁵⁵ Ville de Brossard c. Syndicat des employés de la Ville de Brossard (CSN), T.T. Montréal, n°500-28-000083-89, 31 mai 1990, 112 pages (j. Marc Brière).

¹⁵⁶ *Id.*, p. 87.

salarié se trouve en état de subordination juridique¹⁵⁷. Récemment la question s'est posée de déterminer dans quelle mesure le contrôle et la surveillance exercés conformément aux dispositions normatives, peuvent être appréciés dans la détermination du statut de salarié. En l'espèce, il s'agissait de déterminer le statut des personnes responsables en service de garde en milieu familial, un secteur largement encadré par les lois et règlements. En premier instance le commissaire a exprimé « que seul le contrôle ou la surveillance d'une disposition normative ne saurait compter dans la détermination du statut de salarié. »¹⁵⁸. Par contre, la latitude laissée à l'organisme pour mettre en œuvre les dispositions doit faire l'objet d'un examen attentif. L'utilisation de cette latitude peut jusqu'à un certain point légitimer la non reconnaissance du statut de salarié.

À ces critères, vient s'ajouter celui de **l'exécution personnelle**. Dans l'affaire Gaston Breton¹⁵⁹ il est précisé :

« (...) quand un individu doit personnellement fournir un rendement de façon régulière à la satisfaction d'une autre pendant la durée de son contrat, il s'agit d'un louage de services et non d'un louage d'ouvrage. Il s'agit là à mes yeux

¹⁵⁷ « (...) the working person doesn't have the power to exercise any discretion in mode of performance nor to delegate her/his duties, there will be an employment relationship.», dans Harry W. ARTHURS, D.D CARTER., Judy FUDJE, H.J. GLASBEEK, Gilles TRUDEAU, Labour Law and Industrial Relations in Canada, 4ème éd., Kluwer - Butterworths, Deventer, 1993, p. 73.

¹⁵⁸ Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ), T.T, 500-28-001293-026; 500-28-001294-024, 2003-05-01, (j. Handman S.) 40 pages, p. 25, § 135.

¹⁵⁹ Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, précité, note 148, 471; voir également Syndicat des communications graphiques, local 41-M c. Messageries Dynamiques (Division du groupe Québécois Inc.), (1998) T.T. 176, 184. « (...) le travail de sous-distributeur sera exécuté, en tout ou en partie, tantôt par son épouse, ses enfants, son comptable, son livreur. S'il est possible, comme ce fut le cas pour l'un d'eux, de partir quatre mois en Floride et de faire faire son travail par quelqu'un d'autre sans intervention de MD, il s'agit manifestement d'une liberté qui ne cadre pas avec une situation de salariat ».

de la façon usuelle d'effectuer, à notre époque moderne, un véritable contrôle sur l'exécution du travail. Inversement celui qui peut se faire remplacer par quelqu'un de son choix pendant une portion importante de la durée de son contrat, m'apparaît avoir convenu simplement d'effectuer un ouvrage et non de fournir ses services »¹⁶⁰

Ou encore

« (...) le test essentiel est le suivant : quand un individu doit personnellement fournir un rendement de façon régulière à la satisfaction d'un autre pendant la durée de son contrat, il s'agit d'un louage de services (...). »¹⁶¹

Quant aux **profits et aux pertes**, ce sont les caractéristiques de l'entrepreneur indépendant. « *« Il est un entrepreneur »* c'est donc une question d'état qui découle d'une volonté d'indépendance et de profit. (...) Être entrepreneur est une question économique »¹⁶². Par conséquent quand il y a « (...) stabilité des revenus, il n'y a pas un risque réel de pertes. »¹⁶³

La propriété des outils constitue le quatrième indice, mais ce critère n'est pas déterminant puisque nombre de salariés possèdent en propre leurs outils de travail. Pour conforter le caractère secondaire de cet indice, notons qu'à l'inverse, une personne pourra être qualifiée d'entrepreneur indépendant même si les outils sont fournis par le maître d'ouvrage.

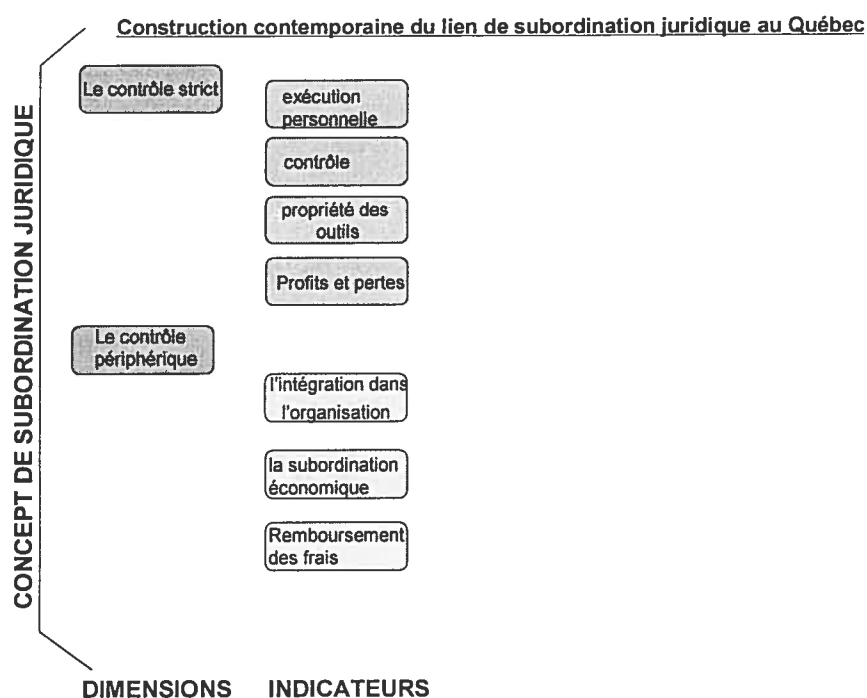
Chaque élément mentionné constitue un test à réaliser lors d'une difficulté de qualification. C'est par l'analyse de l'ensemble de la situation que l'on pourra déterminer la nature juridique du contrat. Dès lors il n'est pas étonnant que la notion de dépendance économique ait joué un rôle important au Québec.

¹⁶⁰ Gaston Breton Inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, id., 480.

¹⁶¹ Id.

¹⁶² Les Pétroles Irving inc. c. Syndicat international des industries pétrolières chimiques et atomiques, locaux 9-700, 9-701, 9-702, 9-703, 9-704, [1979] T.T. 209, p. 220.

Figure 2 - La construction contemporaine du lien de subordination juridique au Québec



(iii) Les constances et les critiques en regard de l'appréhension de la dépendance

De cette évolution de la notion de subordination juridique on peut en tirer un constat. Elle a certes résisté à l'épreuve du temps, mais aujourd'hui plus que jamais elle est remise en cause.

« (...) ce critère "passe partout" est aujourd'hui soumis à rude épreuve. Ainsi à l'intérieur d'une même profession, certains contrats seront qualifiés de

¹⁶³ Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ), précité, note 158, 20, § 99.

contrat de travail, alors que, pour d'autres, cette qualification sera écartée. »¹⁶⁴

Cette critique confirmée par Despax est rapportée par Arseguel et Isoux¹⁶⁵ :

« (...) on peut effectivement s'interroger sur l'utilité de maintien d'un terme aussi atténué sémantiquement et se demander pourquoi et comment, alors que le cadre traditionnel des rapports du travail a volé en éclats, la formulation initiale a résisté à l'épreuve du temps. »

Notion maintes fois remodelée par les mutations sociales, elle reflète l'évolution de la notion de salariat. Aubert-Monpeyssen¹⁶⁶ n'hésite pas à dire à son propos qu'elle se caractérise par son « existentialisme juridique ». Or comme le souligne Michel Despax¹⁶⁷ :

« (...) c'est là une novation, sinon une révolution des plus importantes, que de constater que nombre de "salariés" (...) sont juridiquement subordonnés sans que cette subordination se manifeste dans les faits par le poids d'un quelque joug hiérarchique (...) Voici qu'aujourd'hui s'estompent par là même les traits du "salariat" classique (...) ».

La question qu'il faut se poser c'est au fond de déterminer si le droit du travail ne doit s'appliquer qu'au contrat de travail stricto sensu. La notion de subordination juridique démontre une profonde mouvance dans son contenu. Longtemps et encore aujourd'hui la

¹⁶⁴ Gérard LYON-CAEN, Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Droit du travail, 18^e éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 1996, p. 103; dans le même esprit : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., note 47, p. 193, § 129.

¹⁶⁵ Albert ARSEGUEL, Philippe ISOUX, « Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », dans Olivier KUHNMUNCH (dir.), Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services? - Colloque 10 Février 1995, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1995, p. 9.

¹⁶⁶ T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61, p. 3.

¹⁶⁷ Michel DESPAX, in Préface T. AUBERT-MONPEYSEN, op. cit., note 61, (les italiques et guillemets sont de l'auteur).

subordination a été envisagée sous deux angles; l'angle juridique et l'angle de la dépendance économique. Mais les cours de justice ont depuis longtemps revendiqué la primauté du premier sur le second. La Cour de cassation par exemple a depuis 1931 réitéré sans cesse qu'elle ne peut voir dans la condition juridique du travailleur : « (...) la faiblesse ou la dépendance économique de ce travailleur, et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties. »¹⁶⁸

Et au Québec on observe sensiblement le même phénomène : une réticence à explorer plus avant la notion de dépendance économique en l'absence de lien de subordination juridique. Ceci étant, il est faux d'indiquer que la dimension économique est évacuée de l'analyse, elle est parfois même dominante.

En conclusion, les frontières dressées par le droit du travail pour distinguer l'employé salarié de l'entrepreneur indépendant sont, malgré les efforts de systématisation, mouvantes. Tributaire de la volonté des parties, des normes étatiques et de leurs finalités, la distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise se révèle aussi riche et nuancée que les faits, faits que les contrats tentent d'encadrer. On comprend dès lors avec quelle circonspection et quelle prudence il faut appréhender les solutions toutes faites. Les définitions sont élastiques, elles se rétractent, s'étirent pour repousser ou incorporer des caractéristiques de leur zone frontière avec somme toute un certain bon sens. Les juges demeurent en grande partie les gardiens de ces notions. En cas de litige, il leur revient de trancher. L'examen du contexte, l'interprétation des dispositions, l'objectif de la loi concernée, sont autant d'éléments qui permettent d'aboutir à une solution, mais une solution au cas par cas.

Certains auteurs¹⁶⁹ déplorent la part de subjectivité introduite par les juges lors de l'examen des situations. En effet, c'est au cas par cas que se dessinent les frontières entre les

¹⁶⁸ Cass. civ. 6 juillet 1931, D.P. 131, 121 (note Pic).

¹⁶⁹ «In both sets of situations important social objectives could be undermined by a restrictive reading of the definition of the contract of employment. Given the existence of those social objectives, the decision-makers have - often subconsciously - increasingly been swayed by question such as: is the person claiming the

différentes formes de relations de travail. Ce jugement mêle à la fois des critères objectifs comme l'analyse du contenu du contrat, les conditions réelles de travail, et des critères subjectifs, comme le "social benefit"¹⁷⁰.

Le processus de qualification juridique est souvent long et demeure le fruit du travail des juges. Au fil du temps le concept a connu de nombreuses évolutions destinées à répondre à un environnement changeant au point de devenir difforme voir informe.

L'appréciation jurisprudentielle qui prévaut à ce jour est-elle socialement acceptable? Autrement dit, les outils mis à la disposition des juges et des justiciables sont-ils efficaces pour appréhender avec ces indices les nouvelles formes de travail et les encadrer adéquatement? Si tel est le cas alors pourquoi parle-t-on toujours de précarisation des formes nouvelles de travail? Le droit a envisagé d'autres solutions que celles exposées plus tôt, et c'est ce second point qu'il faut aborder.

benefits of the minimum standards legislation the kind of person who needs such help?» H.W. ARTHURS, D.D. CARTER, J. FUDJE, H.J. GLASBEEK, G. TRUDEAU, op. cit., note 157, p. 73.

¹⁷⁰ Id., p. 76.

(2) Les limites à l'analyse

Différentes frontières ont pu être dressées pour parfaire cette polarité ou bien s'en extraire. Ces initiatives relèvent aussi bien de la doctrine **(a)** que du pouvoir législatif **(b)**. Elles sont autant de manifestations de la difficulté du critère de subordination juridique à appréhender les nouvelles formes de travail.

(a) De l'aide doctrinale

La doctrine s'est longuement penchée sur l'avenir du droit du travail face à ces nouvelles formes de travail. Les solutions dégagées vont de la plus symbolique comme le changement de l'intitulé de la matière, à la plus conceptuelle comme les notions de dépendance, ou encore de contrat d'activité. Dans les lignes qui vont suivre il s'agira de présenter ces approches pour finalement, dans un prochain chapitre, élaborer davantage sur la notion de dépendance.

Insatisfaite de la situation, la doctrine avec l'aide de la jurisprudence a pensé clarifier la situation en instituant une nouvelle classe de travailleurs, celle de l'entrepreneur dépendant. La volonté était alors de rassembler sous cette dénomination, des mi-salariés, mi-entrepreneurs. En somme le but était de créer une zone intermédiaire qui rassemblerait des travailleurs "para subordonnés"¹⁷¹.

¹⁷¹ Notion italienne de "parasubordinazione".

Comme vu précédemment, la notion d'entrepreneur dépendant ¹⁷² fait partie de ces initiatives qui, dans les années soixante, fut incorporée dans le Code canadien du travail¹⁷³ puis, intégrée dans différentes législations provinciales¹⁷⁴ :

« (...)Elle permettrait au droit du travail de rejoindre, au premier chef, ces petits entrepreneurs qui offrent à une clientèle un produit dont le fournisseur, auquel ils sont souvent liés en exclusivité, est en mesure, dans les faits ou en droit, de fixer le prix d'achat et de revente, exerçant ainsi sur eux un contrôle économique. »¹⁷⁵.

En revanche, pour d'autres, l'arrivée de ce critère était nécessaire¹⁷⁶ ou inutile¹⁷⁷.

¹⁷² H. W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 87, 89.

¹⁷³ Code canadien du travail, L.R.C. 1970, c. L-1, art. 107 amendé par L.C. 1972, c. 18, s. 1, art. 3.1.

« Selon le cas: a) le propriétaire, l'acheteur ou le locataire de véhicule destiné au transport soit par voie ferrée, du bétail, de liquides ou de tous les autres produits ou marchandises qui est partie à un contrat, verbal ou écrit, aux termes duquel: (i) il est tenu de fournir le véhicule servant à son exécution et de s'en servir dans les conditions qui y sont prévues, (ii) il a droit de garder pour son usage personnel le montant qui lui reste une fois déduits ses frais sur la somme qui lui est versée pour son exécution; b) le pêcheur qui a droit, dans le cadre d'une entente à laquelle il est partie, à un pourcentage ou à une fraction du produit d'exploitation d'une entreprise commune de pêche à laquelle il participe; c) la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon les modalités telle qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette manière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle. ».

¹⁷⁴ Aussi bien fédérale que provinciale; voir à cet effet M. BENDEL, *loc. cit.*, note 140, 376 et suiv.

On note que la L.N.T. au Québec, vise également le travailleur dépendant sans pour autant le nommer ainsi: Voir art. 1 10^e.

¹⁷⁵ Robert P. GAGNON, Le droit du travail au Québec - Pratiques et théorie, 5^{ème} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 68.

¹⁷⁶ « Consideration of the dependant contractor's impact on the labour market - on which collective action is generally permitted- reveals the difficulty of accommodating his interests with those of organised employees under existing law. When the investigation shifts to the product market, the complication of the union is removed, but the obstacles to collective action are even greater » in H. W. ARTHURS, *loc. cit.*, note 87, p. 101.

Cette expérience n'a pas, à ce jour, séduit les juristes français. Jacques Barthélémy¹⁷⁸ s'est pourtant hasardé, il y a quelques années, à proposer une qualification intermédiaire, « la parasubordination ». Son analyse porte principalement sur les professionnels qui ne bénéficient pas d'un statut clair. Tantôt salarié, tantôt indépendant, le « collaborateur non salarié peut, de ce fait, se trouver dans une situation de grande précarité »¹⁷⁹. Cependant l'auteur émet des conditions quant à l'élaboration d'une nouvelle catégorie. Il faut, dit-il, des critères objectifs afin de doter cette catégorie d'un statut social impératif. Par ailleurs, il ne faut pas négliger le fait que pour beaucoup de professionnels, une certaine allergie se développe au contact du salariat car le « souci d'indépendance relativise celui de protection »¹⁸⁰.

La conjoncture laisse à croire que cette frange de la population active ne demandera qu'à croître au cours des prochaines années; « l'épanouissement d'une société de l'information, le statut d'indépendant apparaîtra de plus en plus comme valorisant »¹⁸¹. Il n'en demeure pas moins que cette proposition en est demeurée là, tout au moins pour la France car certains pays européens l'ont déjà adoptée¹⁸².

Dans le rapport pour la Commission européenne on pouvait lire : "Le besoin d'une catégorie juridique intermédiaire entre le salarié et l'entrepreneur semble donc évident"¹⁸³.

¹⁷⁷ « (...) labour relations boards, without having to rely on dependent contractor provisions, have been able to extend employee status to all or almost all the near-employees who were previously thought to be beyond its reach », dans M. BENDEL, *loc. cit.*, note 140, 379.

¹⁷⁸ Jacques BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné » (1996) *J.C.P. éd. E. Chr.* 606.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 490.

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² Notamment l'Allemagne, l'Italie, et à l'état de projet pour les Pays-Bas et l'Espagne, voir Alain SUPLOT, Transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe - Rapport final issu du groupe d'experts institué par la D.G.V de la Commission européenne, sans lieu, 1998, 220 p.; publié sous le titre Au-delà de l'emploi - Rapport de la Commission européenne, Paris, Éditions Flammarion, 1999, 320 p.

¹⁸³ *Id.*; dans le même sens, voir le rapport de l'O.I.T. *infra*, p.489.

Mais si on en croit l'expérience canadienne, l'arrivée de cette notion n'a pas éteint toute la difficulté de discernement entre le contrat de travail et d'autres contrats. Ce qui laisse à penser que la question réside moins dans l'apport d'une notion que dans l'attribution d'un régime, taillé sur mesure; c'est en somme le prix de la consécration légale.

« Encore faut-il parvenir à définir clairement cette nouvelle catégorie de travailleurs et leur offrir un statut professionnel cohérent et suffisamment attractif. » ¹⁸⁴

C'est dans cette perspective que le législateur est intervenu à des degrés divers.

(b) À l'œuvre législative

Pour déjouer les aléas de la qualification juridique, le législateur a mis en place trois types de stratégies que l'on pourrait qualifier d'autoritaires dans le sens où elles ne se fient pas au travail de qualification des juges mais plutôt les guident.

L'objectif général poursuivi par le législateur est d'octroyer à une frange de travailleurs un statut qui parfois se distancie sensiblement du régime juridique du statut de salarié ou s'en écarte tout à fait. Plusieurs techniques sont utilisées; il s'agit de l'insertion dans un texte législatif d'une présomption **(i)**, l'octroi d'un régime mixte **(ii)** ou, encore, la construction d'un régime *ad hoc* **(iii)**. Il y a aussi le silence **(iv)**, occasionnellement retenu par le législateur, puisqu'il peut être en soi une stratégie destinée à reporter la régulation sur d'autres acteurs que le législateur. Notons en dernier lieu que l'ensemble des techniques exposées plus tôt peuvent être utilisées conjointement. Par exemple, une loi peut décider de réglementer une profession par le biais d'une présomption.

¹⁸⁴ Id.

(i) La voie de la
présomption

La présomption¹⁸⁵ est une technique à laquelle la législation française a eu fréquemment recours. Par exemple, dans le Code du travail il est prévu que :

« Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa du présent article **est présumée être** un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties. »¹⁸⁶ (L. 761-2 al. 4).

Par principe le journaliste est considéré comme un salarié et par exception un travailleur indépendant. Cette présomption peut être renversée par simple preuve, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation¹⁸⁷.

On pourrait également citer la défunte loi Madelin, laquelle établissait une présomption d'absence de contrat de travail dès lors que les personnes en cause étaient inscrites au R.C.S. ou R.A.C. ou à l'U.R.S.S.A.F.¹⁸⁸. Le propos n'est pas ici d'analyser au fond cette disposition¹⁸⁹ mais davantage de raisonner sur la technique employée. Il est à noter que la

¹⁸⁵ « Mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé. La présomption est dite de l'homme (ou du juge) lorsque le magistrat tient lui même et en toute liberté ce raisonnement par induction. La présomption est légale lorsque le législateur tire lui même d'un fait établi un autre fait dont la preuve n'est pas apportée. La présomption est simple quand elle peut être combattue par la preuve du contraire. Lorsque la présomption ne peut être renversée, elle est dite irréfragable ou absolue. », Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, Lexique des termes juridiques, Paris, éd. Dalloz, 1988, 482 p., on peut également se référer à l'article 2846 C.c.Q.

¹⁸⁶ Nous ajoutons le gras.

¹⁸⁷ Bruno SERIZAY, J.C.P. Traité Travail, fasc. 5-30, v° « Journalistes », en particulier § 39 et suiv.

¹⁸⁸ Registre du Commerce et la Société; Registre des Artisans et Commerçants; Union pour le Recouvrement des Cotisations de la Sécurité Sociale et des Allocations Familiales.

¹⁸⁹ Sur ce sujet nombreux furent les écrits. Voir notamment, Fabienne DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », (1995) 7-8 Droit social 638-650; Isabelle VACARIE, « Travail subordonné, travail

survivance de cette disposition aura été de courte durée. Quoique la technique a été conservée dans la loi du 23 août 2003 sur les retraites.

Ce mécanisme comporte l'avantage d'assujettir le travailleur à un statut identifié, avec plus ou moins de force, selon la nature juridique de la présomption. Il a pour qualité d'ordonnancer rapidement des situations litigieuses ou ambivalentes. Par contre, cet ordonnancement fondé sur un indice matériel néglige une analyse raffinée de la situation de travail. Il impose a priori¹⁹⁰ plus que ne compose avec les particularismes de la situation. En somme au souci d'ordre, on néglige celui de précision. Une nuance s'impose néanmoins; la remarque faite précédemment ne vaut pratiquement que pour les présomptions dites légales. Car, au contraire, dans le cadre d'une présomption judiciaire, elle aide à la prise de décision sans y suppléer. Toutefois, il convient de tempérer ces propos au regard de la force juridique de la présomption.

Au Québec, plusieurs propositions ont été faites par le mouvement syndical¹⁹¹ en vue d'instituer une présomption légale de salariat, et, plus récemment, dans le cadre du rapport Bernier¹⁹². Par exemple dans le cadre des rapports collectifs, une présomption légale

indépendant : Question de frontières ? », dans Alain COEURET et al., Les frontières du salariat – Acte du Colloque des 26 et 27 octobre 1996, coll. « Thèmes et Commentaires », Montligeon, Éditions Revue juridiques Île-de-France et Éditions Dalloz, 1996, 263 p., note 52, p. 103-114 (pour une vision critique); ASSOCIATION VILLERME, « La loi Madelin et le Code du travail: à contre courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », (1995) 7-8 Droit social 673-676; Jacques BARTHELEMY, « Contrat de travail et contrat d'entreprise : Nouvelles frontières » (1994) J.C.P. éd. E. Chr. 361 (pour un regard favorable).

¹⁹⁰ Isabelle VACARIE considère que ce mécanisme "écarter le principe de la réalité", dans « Travail subordonné, travail indépendant : Question de frontières ? », dans A. COEURET, op. cit., note 189, p. 104.

¹⁹¹ C.S.N., L'emploi autonome, une réalité incontournable dans nos rangs, dans la société, Document soumis au Conseil confédéral à sa réunion des 18, 19 et 20 mars 1998.

¹⁹² Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE, Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, 2003, Gouvernement du Québec, 568 pages. Plusieurs recommandations ont été faites à l'égard des lois québécoises du travail (voir par exemple, les recommandations : n° 2 p. 415-422 et 432; n° 3 p. 438; n° 5 p. 442).

pourrait être instituée en faveur de la personne visée par l'unité d'accréditation. Ce qui signifie que l'unité d'accréditation pourrait a priori inclure des entrepreneurs dépendants, des travailleurs autonomes. La charge reviendrait alors à l'employeur de contester la composition de l'unité, au moyen d'une preuve convaincante.

L'insertion de cette technique juridique ramène une catégorie de travailleurs "égarés" vers un abri déjà existant, modelé pour d'autres. Certes, le système en soi comporte des imperfections, mais, il a l'immense avantage de rassembler autour de catégories déjà existantes, de sécuriser un environnement à l'aide d'outils et de mécanismes préétablis. Par contre la Canada semble peu enclin à introduire ces mécanismes dans la législation¹⁹³ malgré une inclinaison doctrinale et jurisprudentielle¹⁹⁴ favorable.

A côté de ce mécanisme, il existe une technique plus novatrice qui consiste à assimiler un travailleur à une catégorie déjà existante; il n'y a rien d'inédit ici par rapport à la technique vue précédemment; l'apport consiste en l'aménagement du statut emprunté, c'est le processus d'assimilation.

(ii) De l'assimilation à
l'octroi d'un statut mixte

À l'origine de ce mécanisme, on trouve les revendications d'une profession qui cherche à clarifier et à améliorer le statut de ses membres. Largement utilisée en France, cette technique est absente de la législation québécoise. Elle rassemble des

¹⁹³ Notons que l'article 9 de la L.A.T.M.P. fait figure d'exception à ce titre. Voir à ce propos, id., p. 104-105; Marie-France BICH, Pierre DION, Guy LEMAY, Normand RATTI, Rapport sur la location de personnel - Rapport sur la problématique du travailleur autonome - Rapport sur la problématique de l'administrateur et du dirigeant, Montréal, juillet 1997, C.S.S.T., 154 pages.

¹⁹⁴ « Il y aurait lieu de présumer que le travailleur est un salarié plutôt qu'un entrepreneur, en raison du poids considérable des avantages sociaux attachés au statut de salarié » Ville de Brossard c. Syndicat des employés de la Ville de Brossard (CSN), précité, note 155, p. 97.

travailleurs non salariés en état de relative dépendance, des "assimilés" selon Gérard Lyon-Caen dont on considère qu'ils sont pourvus d'un statut "mixte"¹⁹⁵. Il faut noter que le terme assimilé n'est pas heureux puisqu'il désigne un semblable.

Pour être précis, il s'agit de salariés empreints de particularismes, pour lesquels il est légitime d'attribuer des dispositions particulières au sein de la zone salariat. C'est en somme un cercle différencié au sein de l'orthodoxie salariale. Toutefois, l'assimilation n'est pas un refuge à tous les coups gagnant.

Les travailleurs identifiés deviennent assimilés si, d'une part, ils appartiennent à une "profession" visée et, si, d'autre part, ils répondent strictement à certains critères. Une fois ces conditions acquises ils bénéficient d'un régime mixte où des règles propres au travail salarié et non salarié se combinent.

« Sont assimilés aux journalistes professionnels les collaborateurs directs de la rédaction : rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-reviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes, à l'exclusion des agents de publicité et de tous ceux qui n'apportent, à un titre quelconque, qu'une collaboration occasionnelle. » (L-761.2 al. 2)

L'attribution d'un tel régime est tantôt le fruit de la jurisprudence tantôt celui de l'intervention du législateur. Parmi les situations concernées figurent en France : les travailleurs à domicile, les voyageurs-représentants et placiers¹⁹⁶, les journalistes¹⁹⁷, les artistes et mannequins, les assistantes maternelles ainsi que les "catégories particulières de travailleurs" dont les gérants de succursales de maisons d'alimentation au détail¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Gérard LYON-CAEN, Le droit du travail non salarié, Alençon, éd. Sirey, 1990, p. 42.

¹⁹⁶ Loi du 18 juillet 1937, D. 38, L. 185.

¹⁹⁷ Loi du 29 mars 1935, mod. L. n°74-630 du 4 juillet 1974, L. 243.

¹⁹⁸ Code du travail français, art. L. 782-7 « Les gérants non salariés bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale »; Loi du 22 mars 1944, S. 44, L. 1553; et art. L. 781-1 (Livre VII); (Cf. Titre 8 Livre 7 C.T.).

Inscrit dans une démarche réaliste, l'insertion de ces statuts mixtes atteste de la capacité d'adaptation des lois. Il demeure par contre une part d'incertitude¹⁹⁹ quant à la nature juridique et à l'application du travail accompli. Pour pallier l'application hypothétique de tel ou tel statut, des mesures législatives plus audacieuses ont été envisagées. Il s'agit des lois spéciales.

(iii) Les lois spéciales
ou particulières

Ces lois sont destinées à réglementer certaines professions. Elles mêlent à la fois les dispositions du droit du travail et d'autres dispositions propres au travail non salarié.

En France, cette catégorie comprend principalement les professions libérales comme, par exemple, la Loi du 31 décembre 1990 destinée à réglementer la profession d'avocat²⁰⁰. Au Québec, ce sont les artistes qui illustrent de façon remarquable cette classe; leur profession est encadrée par des lois qui portent sur leur statut professionnel²⁰¹. Ces lois aménagent un régime de rapports collectifs qui leur est compatible et répondent, ainsi, "aux contraintes et aux dynamiques des situations particulières que connaissent les artistes"²⁰². Elles s'adressent aux travailleurs qui oeuvrent à leur propre compte et, dressent un cadre général, une forme de contrat-type, destiné à encadrer leur travail et les modalités d'exercice et le fruit de leur travail (le contrat de diffusion).

¹⁹⁹ G. LYON-CAEN note à cet effet, « Si l'idée de marge, de zone indécise entre deux souverainetés a quelque consistance, c'est bien à leur égard », dans *op. cit.*, note 195, p. 14.

²⁰⁰ M. MAILLARD, Marie-Ange MOREAU, « Avocats salariés et avocats collaborateurs : Réflexion autour de quelques difficultés » (1994) 33-34 *R.J.I.F.* 9.

²⁰¹ Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q., c. S-32.01; Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, L.R.Q., c. S-32.1.

²⁰² F. MORIN, J.-Y. BRIERE, *op. cit.*, note 62, § III 730 et suiv.

Aujourd'hui le régime des artistes sert d'exemple et beaucoup souhaitent qu'il "serve de creuset ou de modèle pour élaborer un encadrement juridique susceptible de protéger les autres travailleurs autonomes, les entrepreneurs dépendants, les télétravailleurs, les pigistes, etc."²⁰³. Il est certain que légiférer précisément pour une profession a l'avantage d'instaurer un régime propre et adapté aux modalités de son exercice. Mais, cela requiert une contrepartie de taille, une solidarité éprouvée des membres de la profession et, par voie de conséquence, une profession véritable, un métier. Par ailleurs, un autre paramètre doit être mesuré. L'intervention du législateur prend souvent en relais les initiatives prises çà et là car le contenu de la législation naît rarement *ex nihilo*. Elle ressort du contenu des conventions collectives et des usages du milieu, que la loi a pris soin de sceller. Cet élément doit être pris en compte pour relativiser la reproduction d'un modèle tel que celui-ci. En outre, et ce sera là le second tempérament à apporter à une telle technique, la multiplication des lois particulières ne fait que complexifier et rendre rigide un paysage législatif qui, de nos jours, est en perpétuelle mutation. C'est sans doute la raison pour laquelle parfois le silence peut être vu comme le moindre mal.

(iv) Le silence

Plusieurs activités professionnelles dérogent aux modalités d'exercice traditionnel. On peut penser aux travailleurs occasionnels ou aux sous-traitants dépendants qui se voient décrocher de l'application de tel ou tel régime de protection. Dès lors, le silence de la loi les exclut, « ce que le langage métaphorique appelle l'exclusion - ce que le langage juridique traduit : la mise hors la loi. »²⁰⁴. Balayées des champs d'application des régimes plus spécifiques, ces activités restent le plus souvent soumises au droit commun peu adapté à leur condition et réalité.

²⁰³ Id., p. 1326, (§ VI-17).

²⁰⁴ Gérard LYON-CAEN, « Où mènent les mauvais chemins » (1995) 7-8 Droit social 647.

En conclusion, cet éventail de solutions comporte des avantages et des inconvénients propres à chaque option. Il demeure qu'aucune d'entre elles n'est en mesure de saisir globalement le problème du statut juridique des nouvelles formes de travail. Pour déterminer lequel des régimes s'applique un ensemble de facteurs, d'indices²⁰⁵ seront validés au contact des faits. Or, ces indices ne présentent pas une stabilité à toute épreuve mais, surtout, laissent en marge des situations de travail qui devraient recueillir l'attention du législateur. Finalement, la frontière entre les deux genres contractuels devient alors éminemment relative :

« Finalement toutes ces conceptions ont montré leur danger, tant et si bien que nous en sommes arrivés, de façon plus réaliste, voire cynique à une conception plus relative des frontières, parfois même poreuse. Et c'est celle qu'il convient d'adopter (...). »²⁰⁶

Cette fragilité conceptuelle et juridique est intimement liée à la souplesse. Elle est la meilleure des intelligences mais, lorsqu'elle atteint l'incertitude, elle devient intolérable. En effet, l'incertitude sur un plan juridique sème la confusion, l'insécurité juridique pour les parties qui hésitent quant au genre de règles juridiques à appliquer en raison du contenu ambigu des contrats et de l'ambivalence de la relation de travail. Les attributs propres au contrat de travail et au contrat d'entreprise cohabitent bien qu'ils soient issus de deux genres contractuels différents.

La zone grise, frontalière créée des entorses aux principes du droit du travail. En effet, à travers l'ambiguïté, l'imprécision, les parties sont libres. Elles ont toute la latitude pour jouer de l'application ou de l'exclusion des règles. C'est précisément cette liberté d'action qui, dans le temps et la construction du droit du travail, a été analysée comme défavorable au travailleur et, qui a justifié une intervention législative propre aux relations de travail. Ce postulat à l'origine du bien-fondé du droit du travail semble cependant toujours d'actualité puisque l'on attribue fréquemment à ces formes de travail le défaut d'être précaires.

²⁰⁵ Infra.

²⁰⁶ A. ARSEGUEL, P. ISOUX P., loc. cit., note 165, p. 9.

Pour résoudre cette difficulté, deux thèses s'affrontent; il y a les partisans d'une plus grande application du droit du travail et, ceux, qui, au contraire, prônent sa réduction ou à tout le moins le statu quo. Entre ces deux tendances, une zone juridiquement "constructible" s'offre afin de régir des situations frontalières. Il s'agit d'une construction spontanée autour de la zone frontière, entre la dépendance et l'indépendance.

Cette zone frontalière constitue un ensemble où se côtoient plus ou moins harmonieusement des régimes juridiques empruntés aux deux sphères commerciale, civil et travail. Différents auteurs ont tenté d'appréhender ce statut mixte et ont contribué de façon significative à le clarifier. Notamment, en France, les travaux de Georges J Virassamy²⁰⁷ et de Gérard Lyon-Caen²⁰⁸ et, au Québec, de Louise Rolland et Jean-Guy Belley^{208 bis} qui qualifient respectivement cette zone de contrats de dépendance, de travail non salarié ou statut mixte. Il est certain que l'inclinaison du droit des contrats en faveur d'une meilleure protection de la partie faible au contrat d'une part, et, la capacité d'absorption par le droit du travail de situations de travail indépendantes d'autre part, ont généré une réflexion intense pour tenter un renouvellement de l'analyse. Cependant, ces réflexions restent isolées les unes des autres. Elles auraient pourtant, selon nous, avantage à être analysées conjointement. La notion de dépendance a été suggérée à plusieurs reprises par la doctrine comme un élément fédérateur face à la complexité et la dispersion des nouveaux statuts de travail; c'est cette voie qu'il convient d'explorer à présent. Autrement dit, voir dans quelle mesure la notion de dépendance pourrait remédier à la fragilité conceptuelle de l'analyse juridique classique. La

²⁰⁷ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p.

²⁰⁸ G. LYON-CAEN, op. cit., note 195.

^{208 bis} Voir infra.

notion de travail non salarié dépendant permet sans doute d'établir des liens entre ces deux analyses. Et, là, se trouve sans doute les prémisses à une nouvelle épistémologie.

CHAPITRE 3 - POUR UN RENOUVELLEMENT DE L'ANALYSE : LA DÉPENDANCE ET LE TRAVAIL

Repenser le cadre d'accueil du travail, pris au sens large dans nos sociétés contemporaines, semble inévitable. De multiples raisons nous y poussent.

Que l'on songe à la réalité des relations de travail qui vit des changements et nécessite des adaptations au coup par coup, parfois artificielles ou que l'on observe le droit des contrats, pour lequel des changements profonds sont en cours, les mutations présentes et à venir sont importantes. Elles touchent à une facette essentielle de la vie en société, qui est le travail. De ces observations, plusieurs auteurs ont amorcé de vastes réflexions juridiques en vue de renouveler la pensée tant en droit du travail (**Section 2**) qu'en droit civil (**Section 1**).

Section 1 - L'évolution paradigmatique de la théorie générale des contrats : un enseignement précieux

La théorie des contrats s'est essoufflée ou plutôt sclérosée au cours des dernières décennies. Insensible aux besoins nouveaux, nés de l'évolution des rapports sociaux, ou encore démunie face aux difficultés à incorporer des pratiques contractuelles neuves reposant sur des nouvelles stratégies commerciales ou encore des pratiques professionnelles, le droit civil s'est longtemps fait remarquer par son attentisme. « Dogmatique »¹ telle est la critique avancée par Jean-Guy Belley pour souligner les nécroses dont souffre cette théorie des contrats au Québec. Sur un premier aspect, la théorie générale des contrats s'est montrée imperméable aux nouvelles pratiques contractuelles devenues plus relationnelles, moins individualisées, plus complexes. Les stigmates d'une telle évolution n'ont pas été consacrés par la théorie générale. Du contrat transactionnel qu'il était, le contrat a muté en faveur d'une approche relationnelle. Dans ce cadre, l'idée de confrontation est rejetée au profit de la concertation et la rigidité au profit de la souplesse. Et, la dépendance, qui semblait l'apanage du droit du travail, a envahi d'autres secteurs, parfois nouveaux, tels que les relations entre professionnels.

De tels bouleversements ne pouvaient pas laisser indemne la théorie générale des contrats. Il fut un temps où on aurait qualifié d'ineptie l'idée de concevoir une protection pour l'une des parties à une relation contractuelle professionnelle. Et, sans doute, aurait-on brandi l'argument imparable du Doyen Ripert² : « (...) la loi ne mesure pas au dynamomètre la

¹ Pour reprendre l'intitulé d'un article traitant de ce sujet, Jean-Guy BELLEY, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 Les Cahiers de Droit 1045.

² Cité par Jacques GHESTIN, Isabelle MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible

force des volonté ». Cependant, laisser lettre morte un tel débat, en raison de l'impossibilité de définir avec précision la puissance économique relative de chacun, ne constitue pas un argument en soi ni une solution ni un cadre d'évolution. Pour sortir de cette impasse et accorder un régime de protection aux situations de déséquilibre, les entorses à la théorie juridique classique des contrats étaient nécessaires.

Aujourd'hui ces distorsions sont analysées plus fondamentalement comme une recomposition de la théorie des contrats. Dans la foulée de cet exercice, la philosophie sous-jacente à la relation contractuelle a été modifiée et repensée tant dans sa structure interne qu'externe. Cette recomposition du paysage contractuel semble épouser une part de réalisme pourtant propre au contrat de travail en y incorporant l'idée de la dépendance et le besoin d'un rééquilibrage du rapport contractuel. Il n'en demeure pas moins que, même s'il est question de degré de protection, le déséquilibre existe et l'analyse contemporaine des contrats le démontre.

Pour tracer cette évolution de la théorie classique des contrats, Ian Macneil³ est l'un de ceux qui a contribué de façon magistrale à renouveler la théorie générale des contrats. Dite relationnelle, sa théorie du contrat propose de lever le voile sur un type d'échange négligé : l'échange relationnel. Ce que cherchent avant tout les parties ce n'est pas de sceller dans le contrat la valeur coercitive qui sera infligée à la partie délinquante mais, davantage, à se servir du contrat comme un moyen d'échange, de coopération dans le cadre d'un objet communément défini. Pour expliquer ce passage de la théorie générale des contrats à la théorie relationnelle, Louise Rolland⁴ souligne trois axes de mutation. D'un point de vue philosophique, alors que la théorie générale des contrats met en exergue la liberté, la théorie

dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 2.

³ Ian R. MACNEIL., The New Social Contract, London, Yale University Press, 1980; Ian R MACNEIL, Paul J. GUEDEL, Contracts: Exchange Transactions and Relations Cases - Materials, 3rd éd., New-York, Foundation Press, 2001, 1309 p.

⁴ Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 Revue de droit de McGill 925.

relationnelle prône la moralité quant à la structure des rapports, initialement pensée comme une transaction; elle évolue, dès lors, vers une dimension relationnelle et, enfin, alors que la structuration organisationnelle du contrat était pensée de façon fragmentée elle tend, désormais, à s'intégrer dans un ensemble plus vaste de rapports.

Cette mutation observée selon ces trois axes⁵ souligne non seulement la pertinence de la théorie de Ian R. Macneil⁶ pour analyser le droit positif des contrats mais explique aussi la révolution paradigmatique que Louise Rolland entend démontrer.

Partant de l'analyse intrinsèque du contrat, l'auteur constate un intérêt accru pour le sujet au contrat au détriment de son objet. La volonté des parties consiste à miser sur la pérennité des attentes de chacun et de leurs intérêts légitimes. Le contrat s'appuie alors sur un cadre souple basé davantage sur une relation de collaboration que d'assujettissement. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si longtemps la théorie classique a repoussé le caractère *intuitu personae* aux zones les plus marginales du contrat, en plus de l'avoir cantonné à quelques situations bien précises. Car, techniquement, le refoulement de ce caractère⁷ s'explique par la crainte d'organiser la débâcle du principe de la sécurité juridique. Or, aujourd'hui, la pratique contractuelle va plus loin et place la confiance et la relation humaine au centre de l'édification de la relation contractuelle avec le souci de partager un projet économique

⁵ Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972. Selon cet auteur, les progrès scientifiques se déroulent durant les périodes normales. Le paradigme rassemble une communauté scientifique autour d'une « simple ressemblance » ou bien « d'une conformité à certains travaux scientifiques ». Ils adhèrent aux mêmes règles et aux mêmes normes dans « la pratique scientifique » ainsi qu'à des valeurs communes.

Par analogie à cette évolution tracée théoriquement, on peut considérer que l'objet de cette recherche s'inscrit dans une remise en question du paradigme classique de la théorie générale des contrats.

⁶ Ian R. MACNEIL, cité par L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4, 922.

⁷ Par exemple, le contrat d'entreprise et le contrat de services sont tous deux présumés ne pas être conclu *intuitu personae*, et, ce, en vertu de l'article 2101 du *Code civil du Québec*, contrairement au mandat qui l'est. Le mandataire peut révoquer le mandat à certaines conditions (art. 2176 et 2181).

conjoint. L'acteur est au centre d'une relation incarnée dans un souci de coopération⁸ et non d'affrontement et de rouerie. En ce sens, la simple observation des relations contractuelles démontre l'importance accrue des caractéristiques personnelles dans l'élaboration du contrat.

Par exemple dans le cadre de la franchise, des contrats de sous-traitance et, de façon générale, des contrats conclus entre professionnels, leurs conditions d'élaboration et de conclusion démontrent à quel point le rapport de confiance personnel y est fondamental.⁹ Le contrat de franchise est en principe conclu *intuitu personae* puisque le franchiseur s'assure des compétences adéquates du franchisé en vue de la réceptivité et de la transmission effective de son savoir-faire¹⁰ et, le franchisé de son côté choisit le type de franchise. Ce qui amène Louise Rolland à conclure qu'une théorie juridique efficiente doit tenir compte des « disparités personnelles réelles ». Expulser du contrat ses véritables acteurs pour l'investir de leur seule volonté, c'est postuler l'égalité absolue qu'on sait ne pas exister¹¹. Et, c'est là, montrer tout le chemin parcouru par les pratiques contractuelles depuis l'avènement de la théorie juridique classique, où la désincarnation de l'autonomie de la volonté montre ses limites en pratique.

Ce caractère contemporain de la relation contractuelle peut être pernicieux dans la mesure où, sous le couvert de la relation de confiance et de collaboration, la dépendance de l'une

⁸ Dans une étude de cas sur les contrats de sous-traitance de l'entreprise Alcan au Québec, Jean-Guy Belley souligne l'importance de la qualité des rapports unissant le donneur d'ordre au sous-traitant « La déférence envers Alcan et son savoir technique supérieur, la franchise et la loyauté qui lui sont dues, la relation de confiance personnalisée (...), la protection, la bienveillance (...) qu'il peut légitimement espérer de la part du donneur d'ordre, toutes ces composantes implicites du rapport interfirmes rendent compte des comportements des parties bien davantage que les énonciations explicites des droits et obligations dans les appels d'offres ou dans la réglementation officielle d'Alcan. », dans Jean-Guy BELLEY, « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle: un étude de cas », (1996) 37 *Les Cahiers de Droit* 40-41.

⁹ Colmar, 3 février 1988, (1989) *R.T.D.Civ.* p. 79, obs. Jacques Mestre

¹⁰ Didier FERRIER, *Droit de la distribution*, 2^e éd., Paris, LITEC, 2000, p. 296, § 646.

¹¹ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4, 925.

de parties à l'égard de l'autre peut être aisément camouflée. Et cette relation est particulièrement juste lorsque l'on prend en considération le nombre important de contrats d'adhésion conclus chaque jour.

En outre l'auteur révèle un second sous-aspect de cette évolution, **soit la capacité du contrat à se modeler à un environnement spécifique, dont il enregistre les caractéristiques**. Cette perméabilité contextuelle fait en sorte que la relation contractuelle est indissociable de son environnement. Cette réflexion intègre pleinement les travaux de Giddens pour qui la « pratique sociale » est le résultat d'une dialectique entre l'expérience humaine et la constitution de la société. Or, en vertu de la théorie générale du contrat, la valeur consacrée à ce type de source est souvent réduite à un volet symbolique. Par exemple, l'usage¹² d'entreprise¹³ connaît un nouveau regain d'intérêt. De façon plus large, la notion d'ordre public pénètre les pratiques sociales et juridiques pour déterminer leur conformité à cet ordre aux contours souvent flous. En France par exemple, la notion « d'ordre public social »¹⁴ bien qu'elle serve à résoudre le plus souvent une question de primauté des dispositions, vise aussi à résoudre le déséquilibre de la relation au profit du travailleur salarié. En contexte de rapports collectifs de travail « la disposition la plus favorable »¹⁵ au salarié s'appliquera¹⁶; **le principe de faveur**¹⁷. Au Canada, cette

¹² Art. 1426 et 1434 du C.c.Q.

¹³ Jean PÉLISSIER, Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, 21^e éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1337 p., p. 131, § 89 et suiv.; Fernand MORIN, Jean-Yves. BRIERE, Le droit de l'emploi au Québec, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 63, § I 56.

¹⁴ « la certitude d'effet et l'incertitude de contenu » d'une telle notion souligne Jacques LE GOFF, Droit du travail et société – Tome 1 Les relations individuelles de travail, coll. « Petit Traité du droit du travail », Rennes, P.U.R., 2002, 1012 p. 40.

¹⁵ Décision du Conseil constitutionnel en date du 25 juillet 1989 (I.Q. du 28 juillet 1989).

¹⁶ Art. 6 C.civ. et art. 1373 et 9 C.c.Q.

¹⁷ Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur : enquête sur une règle émergente », (1999) Fév. Droit social 115 et s.; François TERRÉ, « Sur les sources de droit en général et du droit du travail en particulier »,

reconnaissance en faveur d'un ordre public¹⁸ de protection a été davantage soulignée par la Cour suprême dans un contexte de mutisme de la loi. Le juge L'Heureux-Dubé exprime à cet effet :

« Cette érosion des contrats individualisés et de l'égalité des parties contractantes, et les effets qui en résultent, ont retenu l'attention des auteurs, tant au Québec qu'en France. (...) En réponse à cette évolution, les législateurs ont édicté des lois visant à restaurer l'égalité entre les parties contractantes et en particulier à protéger les contractants faibles. Contrairement à la plupart des dispositions originelles du *Code civil du Bas-Canada*, qui ne s'appliquait qu'à titre supplétif (...) ces lois sont impératives. (...) Mais, si la loi est muette sur son caractère d'ordre public, cela ne veut pas dire qu'elle ne le comporte pas. Elle peut le faire, indépendamment des formules employées, en raison de son importance dans l'organisation sociale ou dans une branche de l'activité juridique. »¹⁹

L'arrimage de la notion d'ordre public au contexte contractuel contemporain apporte incontestablement un esprit de souplesse et permet, malgré le caractère transcendantal des valeurs qu'elle protège, d'établir des priorités sociétales contre des dispositions conventionnelles librement consenties; « un corps de normes dont le respect est indispensable au bon fonctionnement de la société et à la préservation de son *éthos*, de ses valeurs référentielles, au corset sans lequel elle se déhancherait »²⁰

dans Bernard TEYSSIER (dir.), *Les sources du droit du travail*, coll. « Droit éthique Société », Vendôme, P.U.F., 1998, 237 p., p. 27; Bernard BOUBLI, « Le juge, la norme et le droit du travail », dans *id.*, p. 35.

¹⁸ Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5ième éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 159-160. Les auteurs distinguent dans l'ordre public social et économique, l'ordre public de direction par lequel les textes et la jurisprudence tentent d'imprimer aux agissements des individus une direction politique, sociale et économique déterminée tandis que l'ordre public de protection se définit par des textes et des arrêts qui ont pour mission première de protéger l'individu dans le but d'assurer dans certaines circonstances un certaine équité contractuelle.

¹⁹ *Banque fédérale de développement c. Garcia Transport ltée*, [1992] 2 R.C.S. 499 et suivantes (j. L'Heureux-Dubé) (nous soulignons).

²⁰ J. LE GOFF, *op. cit.*, note 14, p. 41.

Ce même esprit de souplesse doit animer la relation contractuelle tout au long de son exécution; c'est là le troisième sous-aspect de cette évolution. Alors que la théorie juridique classique soutient au contraire la permanence de la relation contractuelle au nom de la sécurité juridique, la théorie relationnelle prône au contraire la souplesse au cours de l'exécution du contrat²¹.

Ainsi du type transactionnel, individualisé à l'extrême et peu sophistiqué qu'il était, le contrat a progressé vers un type relationnel, capable d'intégrer les évolutions d'un environnement, en perpétuel mouvement, soucieux du sujet plus que de l'objet. Mais une telle compréhension des rapports sociaux et de leur environnement, d'un point de vue juridique, s'inscrivait forcément dans une compréhension plus globale de la relation.

La reconnaissance d'une «communauté contractuelle fondée sur la notion de «projet commun»²², et l'évolution de la notion de «partie» sont au coeur de ce changement paradigmatique. Certains auteurs ont pu même parler «d'un contrat de parties», un contrat dans lequel la qualité des parties ainsi que leurs caractéristiques s'insèrent dans son objet même. L'évolution du rôle des parties à la relation contractuelle repose fondamentalement sur une rupture avec la conception abstraite et désincarnée du code civil. Cette «notion de contrat revisitée prend une figure humaine (...) [et] redéfinir la notion de partie sous une forme incarnée et non abstraite, c'est inviter à une relecture de l'article 1134 du Code civil

²¹ L'auteur L. ROLLAND cite le Code civil lequel prévoit pour la validité du contrat un accord sur ses éléments essentiels, les clauses dites de «hardship» (renégociation de l'équilibre contractuel); la théorie de l'imprévision, dans L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4, 925.

²² Cyrille CHARBONNEAU, Frédéric-Jérôme PANSIER, «Du renouveau de la notion de partie» (2000) Chr. 37110 Répertoire notarial Defrenois 287.

[²³]. Acte de loi, acte de foi, le contrat remplit une fonction sociale. Sa raison d'être tient dans l'équilibre qu'il déploie. »²⁴

À titre d'illustration, soulignons l'imposition de normes de certification d'assurance de la qualité qui, par sa logique technocratique, a bouleversé les rapports de sous-traitance. D'un type de relation traditionnelle où le lien entre le sous-traitant et le donneur d'ordre était à la fois volatile, désincarné et faisait, souvent, l'objet d'un rapport de force, au détriment du sous-traitant, on est passé à une stratégie d'amélioration de la qualité qui a grandement favorisé sinon rendu nécessaire une coordination inter-firmes, susceptible de créer une véritable relation de partenariat, d'interdépendance entre le client et le fabricant. C'est ce que relève Jean-Guy Belley²⁵ dans une étude de cas réalisée au sujet de la sous-traitance.

À l'idéal égalitaire agencé sous la forme d'une relation caractérisée par une « horizontalité principielle »²⁶ succède des relations plus verticales. L'existence de rapports de sujétion, une forme de « gouvernance verticale », se met en place et exacerbe les jeux de pouvoirs entre cocontractants. Ces rapports remettent en cause les fondements philosophiques de la théorie générale des contrats, puisqu'ils consacrent une forme d'asymétrie contractuelle. Certes il existe certains mécanismes, dont le contrat d'adhésion vise à rééquilibrer cette relation, mais cette catégorisation ne semble apporter qu'une modeste contribution en regard du développement des contrats dits « hybrides » comme le contrat de franchise ou de distribution²⁷. La raison principale à ce mal s'explique en partie par la généralisation des

²³ Art 1134 C.civ. « La force obligatoire des contrats. Les conventions formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites »; art. 1434 C.c.Q.

²⁴ C. CHARBONNEAU, F.-J. PANSIER, *loc. cit.*, note 22, 290-291.

²⁵ J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 8, 37-50.

²⁶ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4.

²⁷ Jacques MESTRE observe que la jurisprudence admet de plus en plus fréquemment qu'un « professionnel n'est pas toujours en mesure lorsqu'il contracte, fût-ce dans son domaine habituel d'activités, de défendre correctement ses droits, qu'il existe, en d'autres termes, des contrats d'adhésion conclus entre professionnels

« ordres normatifs privés »²⁸. Les parties préfèrent s'en remettre à des règles qu'elles auront elles-mêmes définies, ce que Jean-Guy Belley²⁹ appelle : « la culture primaire ». L'idée étant que les parties préfèrent adopter des « normes d'immunités réciproques » plutôt que de s'en remettre aux instances juridictionnelles étatiques³⁰. Elles organisent des contre-pouvoirs réciproques qui auto-limitent leurs recours à des institutions judiciaires en cas de désaccord. Cette situation paraît par exemple aux yeux du sous-traitant plus avantageuse car « (...) le contrat d'adhésion conclu avec le donneur d'ordre conférerait à ce dernier un très net avantage juridique (dans le cadre d'un différend) (...) soumis aux instances de l'État. »³¹. Le déséquilibre contractuel est loin d'avoir disparu au sein des relations, il réapparaît au contraire sous une forme plus subtile qui semble difficile à définir et, encore plus, à résorber.

On soulignait plus tôt que la fragmentation entre les rapports juridiques s'était amenuisée au profit d'une forme d'imbrication de contrats, ces derniers unis par un projet économique commun. Ce lien est pourtant « la reconnaissance explicite ou implicite de rapports hiérarchisés autorisant l'une des entreprises à contrôler, c'est-à-dire à déterminer, surveiller et sanctionner les performances et les comportements « contractuels » de son vis-à-vis. »³².

eux-mêmes, et que la protection d'un consentement alors plus apparent que réel à des stipulations manifestement abusives mérite d'être assurée. », dans Jacques MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », dans Adrienne HONORAT, Pierre JULIEN (dir.) Mélanges en l'honneur d'A. BRETON et F. DERRIDA, Paris, Dalloz, 1991, 424 p., p. 256.

²⁸ Concept de M. GALANTER, « Justice has many Rooms : Courts , Private Ordering, and Indigenous Law », (1981) 19 Journal of Legal Pluralism, 1, cité par J.-G. BELLEY, loc. cit., note 8; ce concept désigne l'existence de « normes implicites d'immunité réciproques qui interdit aux parties de faire appel à la justice étatique » en cas de différend entre ces dernières, id., p. 46.

²⁹ J.-G. BELLEY, loc. cit., note 8, 47.

³⁰ Id.

³¹ Id.

³² L. ROLLAND, loc. cit., note 4, 946.

Dès lors comment peut-on éluder tout déséquilibre d'une telle relation? Il semble au contraire qu'il s'exacerbe au contact de ces relations contractuelles.

La question du régime de protection, associé à ce type de contrat, apparaît cruciale. La théorie générale des contrats a évolué alors que les mécanismes de protection qui peuvent être mobilisés sont atténués dans leurs effets ou exclus du fait de la nature professionnelle de la relation. La moralité contractuelle reste au fond d'une piètre utilité pour les relations de dépendance.

Par contre, « l'ordre normatif privé » cohabite plus que n'interagit avec l'ordre étatique³³. C'est seulement en dernier recours que l'ordre étatique serait sollicité.

« Aussi longtemps qu'un acteur, fort ou faible, a la possibilité d'agir dans un champ social qui lui semble au total avantageux malgré les pertes occasionnelles, il n'a pas ou ne se paiera pas le luxe de se réclamer d'une logique autre que celle du champ social en question. »

La question qu'il faut se poser est de savoir si l'ordre normatif privé est un bienfait ou un danger pour la régulation de ces rapports de dépendance. Ce canal régulateur alternatif, selon l'expression de Louise Rolland³⁴, dans un contexte, où les rapports se « verticalisent », peut apparaître comme une menace pour le maintien d'une certaine justice; l'ordre domestique crée un halo de culture pseudo-immune qui peut nuire au cocontractant le plus faible.

³³ Jean-Guy Belley parle de « relations parallèles » entre les deux ordres.

³⁴ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4, 951.

Figure 3 - De la théorie juridique classique des contrats à une théorie renouvelée selon Louise Rolland

	Théorie juridique classique des contrats	Théorie renouvelée
Fondements philosophico-économiques	<ul style="list-style-type: none"> • Liberté • Équilibre naturel 	<ul style="list-style-type: none"> • Justice et Moralité • Utilitarisme Interventionnisme étatique
Structuration du contrat	<ul style="list-style-type: none"> • Transaction économique • Conflit 	<ul style="list-style-type: none"> • Concertation • Flexibilité
Structuration organisationnelle du contrat	<ul style="list-style-type: none"> • Fragmentation des rapports • Unicité • Horizontalité 	<ul style="list-style-type: none"> • Intégration des rapports • Pluralité • Verticalité

De part et d'autre, le malaise est profond. Le contrat sous l'ère libérale symbolisait la certitude, la pierre angulaire d'un système économique rodé aux rouages de la vie sociale et économique. La « crise du contrat »³⁵ s'est manifestée par, notamment, l'essor du droit du travail dont la principale mission était de contrer et réguler la « loi du plus fort ». En effet, à la base de son édification, on postule l'inégalité des parties à la relation. Le même raisonnement s'applique au droit de la consommation et, en partie, au droit de la concurrence, et, enfin, plus récemment, au droit de la distribution.

Suppléer aux situations de déséquilibre ne fait cependant pas l'unanimité; « nombreux sont ceux qui s'inquiètent de la perméabilité croissante du contrat à l'intervention du juge et qui

³⁵ Henri BATIFFOL « La crise du contrat et sa portée », Archives philosophiques du droit Tome XIII, Paris, éd. Sirey, 1968, p. 13.

brandissent le spectre du gouvernement des juges »³⁶. Mais, en l'absence d'une théorie renouvelée du contrat, capable d'innover adéquatement l'ensemble des relations contractuelles de la nouvelle économie, il faut convenir de l'importance de ce travail.

En somme, il ne fait aucun doute que l'ensemble des faits démontrent la fragilité et l'inconsistance des postulats libéraux face à la réalité contractuelle du XXI^e siècle. Que ce soit l'ancrage des droits spéciaux, que ce soient les mesures législatives ponctuelles de protection ou encore le travail prétorien en faveur d'un meilleur équilibre contractuel pour les contrats dits hybrides, ces éléments démontrent en eux-mêmes les tentatives amorcées par la pratique du droit pour remédier à la désuétude des idéaux libéraux. Il reste que les traitements sont épars et, ne forment certainement pas une réponse globale à la mesure du problème. En somme, la théorie juridique classique des contrats reste encore une théorie « coupée du droit positif »³⁷, selon Jean-Guy Belley.

Mais au-delà de ces critiques et de cette triple évolution de la théorie classique des contrats, que doit-on dégager comme enseignement pour le travail non salarié dépendant? Et dans quelle mesure la théorie relationnelle contribue-t-elle à l'étude du travail non salarié dépendant?

La théorie relationnelle des contrats propose une lecture explicative de l'évolution de la relation contractuelle, comme l'individualisation des rapports, l'assouplissement des contours du contrat, la meilleure prise en considération de l'environnement, et, enfin, la capacité à encadrer un sujet en pleine mutation. Ces éléments conduisent effectivement à décrire avec réalisme les mutations qui affectent les relations contractuelles.

Par contre, la théorie relationnelle des contrats devient plus critiquable lorsqu'on aborde son opérationnalisation. En effet, le mode de régulation décentralisé qui est privilégié

³⁶ J. MESTRE, *loc. cit.*, note 27, 256.

³⁷ J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 1, 1051.

semble entouré d'une certaine immunité. La collaboration et la justice contractuelle convenues entre les parties semblent ne jamais rencontrer l'injustice, l'inégalité, le déséquilibre des rapports de forces. Sous couvert de collaboration, le rapport de force se dissout, il rentre dans les sphères du privé, du domestique et l'État n'interviendra qu'en cas d'échec au mode de régulation domestique. Dans ces conditions le rapport de force est nié, mieux il est muselé sous couvert de collaboration. Le conflit est alors corseté dans un corpus de règles « auto-immunes », règles créées, gérées et convenues entre les parties. N'est-ce pas là un danger pour la partie faible au contrat? La collaboration n'induit pas forcément l'égalité des pouvoirs et des rapports de forces et, défendre l'inverse, c'est échapper à une partie de la réalité contractuelle. D'ailleurs, suivra plus loin l'étude de la franchise qui fournira à cet égard un exemple éloquent.

Il demeure que sur le plan opératoire, la théorie relationnelle des contrats et, le pluralisme juridique qui en découle, comportent des limites dans le traitement accordé au travail non salarié dépendant. Cette théorie comporte une forte valeur explicative du phénomène mais ne semble pas apporter une réponse adéquate à la nature du problème que l'on tente de saisir ici.

D'ailleurs Louise Rolland conclut son article en soulignant la contribution de la théorie relationnelle des contrats tout en soulignant et révélant le besoin d'un meilleur équilibre entre la liberté et la moralité. Cependant, elle en convient, les « canaux régulateurs alternatifs »³⁸ choisis par le monde des affaires, « boude[nt] le droit ». Elle conclut à l'importance de réintroduire la régulation étatique. Le Code civil demeure celui, selon elle, qui devra se réapproprier cette « double mission : présider au contrôle social par la pondération publique des intérêts privés et participer à la construction sociale comme acteur communicationnel »³⁹.

Nous partageons cette vision relationnelle du contrat comme valeur explicative de la mutation des rapports contractuels en matière de travail. De la même façon, il semble essentiel que la régulation du travail non salarié dépendant ne soit pas livrée à une simple

³⁸ L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 4, 951.

³⁹ *Id.*, 952.

justice domestique. En ce sens, le rôle de l'État reste incontournable. Par contre, livrer cette mission spécifique au Code civil est-ce là la bonne terre d'accueil? Pourquoi de telles dispositions ne figureraient-elles pas au cœur de la législation du travail ou d'une législation spécialisée?

Pour l'heure aucune réponse n'est à écarter. Une certitude seulement reste, celle de tenter de dégager une protection transversale capable de transcender la multitude des rapports contractuels spécifiques, de trouver l'unité en faveur d'une plus grande égalité contractuelle. Cette unité semble exister dans la reconnaissance d'un lien de dépendance. Il existe dans le cadre du contrat de travail; il convient de nous tourner spécifiquement vers la pensée relative au travail pour approfondir la recherche sur le travail non salarié dépendant et proposer un renouvellement de l'analyse.

Section 2 - Illustration du renouveau de la pensée relative au travail

Face à ce contexte, la doctrine a tenté d'apporter des solutions ou, à tout le moins, a contribué à éclaircir la situation au moyen de propositions qui vont de la plus esthétique à la plus fondamentale (§-2). Un travail d'exploration reste nécessaire (§-1).

§-1. Les préliminaires à une nouvelle approche : la reconsidération d'un droit du travail, une nécessité en regard de l'évolution du droit du travail et du droit des contrats

La doctrine a contribué de façon significative à la réflexion sur l'avenir et la recomposition du droit du travail. Après avoir démontré l'intérêt de la réflexion menée par la doctrine sur le sujet, seront exposées les différentes solutions.

Dans le mouvement de décentralisation des sources du droit du travail, on doit constater deux phénomènes; d'une part, l'importance grandissante du droit conventionnel et de la négociation d'entreprise et, d'autre part, le mouvement d'individualisation de la condition juridique des salariés. L'aspect le plus préoccupant de cette évolution reste qu'elle n'est pas uniforme. Elle provoque une fracture interne dans le droit du travail entre d'une part, les travailleurs qui jouissent pleinement des droits de la personne garantis par le contrat de travail "typique" et, d'autre part, ceux qui, par un contrat "atypique", sont rejetés du côté du travail-marchandise. Cette dualisation du salariat démontre d'une certaine manière la faillite du droit du travail.

Au delà d'une question de frontière⁴⁰, entre le travail indépendant et le travail subordonné, il y a les incidences de cette zone d'incertitude sur l'application du droit du travail. À l'origine, le droit du travail n'est accessible qu'à la seule relation typique de travail. L'insertion de nouveaux éléments dans la relation de travail semble brouiller les signaux de reconnaissance d'application du droit du travail. Ce dernier offre en retour une protection parcellaire ou bien une fin de non-recevoir. Dans un tel contexte, le droit du travail ne met-il pas en péril l'une de ces pierres d'assise, sa vertu protectrice? Ou perd-il de son influence faute de suivre les nouvelles orientations et formes d'organisation de la société?

Comme le souligne Jean Paillusseau, « (...) plus la complexité du monde croît, plus la liberté contractuelle est grande, et plus le champ de création juridique est important (...). »⁴¹. D'une certaine façon, le réalisme propre au droit du travail s'affaisse. Dès lors, deux menaces se font sentir qui pourraient remettre en cause les fondements et donc, la légitimité même du droit du travail, l'une à interne (1) et, l'autre à l'externe (2). Cet infléchissement respectif, à savoir l'indépendance vers plus de dépendance et le salariat vers plus d'indépendance nécessite de revisiter le concept de dépendance (3).

⁴⁰ Ce fut le thème d'un colloque publié sous la direction Alain COEURET et al., Les frontières du salariat - Acte du Colloque des 26 et 27 octobre 1996, coll. « Thèmes et Commentaires », Montligeon, Éditions Revue juridiques Île-de-France et Éditions Dalloz, 1996, 263 p., Isabelle VACARIE, « Travail subordonné, travail indépendant : Question de frontières? », dans id., 103-114; Jacques BARTHELEMY, « Contrat de travail et contrat d'entreprise : Nouvelles frontières » (1994) J.C.P. éd. E. Chr. 361.

⁴¹ Jean PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit » (1997) Dalloz Chr. 97.

(1) À l'interne

Parce que le droit du travail a historiquement une vocation de protection et d'adaptabilité, l'émergence des nouvelles formes de travail pose un défi à son évolution. La législation du travail, majoritairement bâtie pour encadrer un modèle classique de relations de travail, s'avère incomplète ou parfois inadaptée face aux nouvelles formes de travail.

Par exemple, la loi québécoise sur les normes du travail précise que la semaine normale de travail ne s'applique pas au travailleur à domicile⁴². Les heures sont effectivement incontrôlables dans ce cas. Mais ne peut-on pas envisager une norme autre que celle de l'exclusion? Un autre exemple tiré, quant à lui, du Code du travail illustre bien ce propos; la définition de "salarié" qu'il retient n'incorpore pas l'entrepreneur dépendant, alors que la jurisprudence le fait. De plus, la structure même des rapports collectifs⁴³, proposée par les lois canadiennes du travail, convient difficilement aux nouvelles formes de travail, la principale difficulté étant pour le syndicat de rejoindre ces travailleurs. Autant d'exemples qui prouvent l'inadaptation ou les lacunes du droit du travail à assurer la protection de ces travailleurs dotés de nouveaux statuts de travail⁴⁴.

⁴² Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1, art. 54 4^e.

⁴³ Gilles TRUDEAU, « La contractualisation du droit des relations professionnelles : une illustration des tendances nord-américaines », dans Philippe AUVERGNON (dir.), Actes du séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Bordeaux, Imprimerie de l'université, Compatrasc, 2003, 408 p., p. 55, p. 61-63; Fernand MORIN, « L'adaptation des lois du travail aux besoins du XXI^e siècle Carence du processus législatif ou simple absence d'une réelle volonté? », dans Jean BERNIER et al. (dir.), L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, 169 p., p. 9.

⁴⁴ Guylaine VALLÉE, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne - Quel rôle pour le droit du travail ? » (1999) 54 n°2 R.I., 65; Lucie LAMARCHE (dir.), Emploi précaire et non-emploi: droits recherchés, Actes de la 5^{ème} journée de droit social et du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996

Du côté européen le développement du télé-travail⁴⁵ pose une série de difficultés juridiques auxquelles le droit du travail doit répondre. Il n'a pourtant pas l'ensemble des réponses ou reste encore indécis comme l'illustrent différents arrêts de la Cour de cassation et de la C.J.C.E. rendus à propos du décompte du temps de repos, du calcul du temps de travail pour les travailleurs en astreinte⁴⁶.

Les fractures existent au coeur même du droit du travail et sont aggravées par ce qui se déroule à l'extérieur de sa sphère d'influence où les formes de travail indépendantes perdent de leur substance. Cette zone reste en grande partie hors de portée des mécanismes de protection du droit du travail alors même que les formes de travail qui la composent peuvent revêtir certaines caractéristiques du travail salarié. Indirectement, l'influence du droit du travail est atteinte et ce phénomène constitue pour lui une menace externe.

(2) À l'externe

Le droit du travail a une vocation de **protection** et se veut **évolutif**. L'exclusion de travailleurs, en raison de leurs caractéristiques particulières, risque, selon certains auteurs, de réduire l'influence du droit du travail à une peau de chagrin. C'est en cela que les nouvelles formes du travail constituent une menace externe. Certaines formes de travail, entérinées en dehors de la sphère de travail, tendent à singer les conditions propres à justifier la protection du droit du travail; on pense alors à la conclusion de contrats de nature commerciale ou civile, tels que la sous-traitance, les opérations de prêt de main-d'oeuvre ou bien la franchise ou encore les contrats de gérance. Le recours à ces

⁴⁵ Jean-Emmanuel RAY, « Ubiquité du travail et application du droit du travail », (2003) 1140 Semaine sociale Lamy 36.

⁴⁶ Voir à ce propos les solutions contrastées dégagées par ces deux juridictions ainsi que les développements forts intéressants sur cette question, dans id., 40-41.

"collaborateurs" externes, pour reprendre l'intitulé d'un colloque⁴⁷, multiplie les chances de découvrir des formes de travail beaucoup moins autonomes qu'elles n'y paraissent, de fausses indépendances. Ne peut-on pas dès lors envisager la mise en place d'un régime de protection afin de rééquilibrer le rapport contractuel?

Le remède selon certains serait l'extension du champ d'application du droit du travail à certaines formes de travail. C'est précisément cette expansion, qui ne va pas de soi et, qui pose problème. Tout comme au XIX^e Siècle, les travailleurs subordonnés de différents secteurs cherchaient la protection de lois sociales qui étaient jusqu'alors réservées aux ouvriers industriels, plusieurs travailleurs assujettis aux nouvelles formes de travail recherchent aujourd'hui ces mêmes auspices. Auspices s'il en est car l'entrepreneuriat ressemble à une grande famille⁴⁸ dont les qualités montrent davantage une famille éclatée qu'unifiée. C'est dire que si certains sont entrepreneurs malgré eux, tant par sentiment que d'un point de vue juridique; d'autres, en revanche, arborent fièrement ce "blason" de l'autonomie et ne souhaiteraient d'aucune façon voir le droit du travail s'appliquer à eux.

Jusqu'à présent, face à ce problème, le droit du travail s'est refusé à chapeauter l'ensemble des activités professionnelles. Il laisse ainsi une "zone de libre échange" sur le marché du travail destinée aux entrepreneurs. Parmi eux certains sont de vrais entrepreneurs, alors que d'autres ne le sont que théoriquement. Seule une analyse juridique approfondie de la relation entre le pourvoyeur d'ouvrage et le travailleur permet d'éclairer la réalité de la relation⁴⁹.

⁴⁷ Olivier KUHNMUNCH (dir.), Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services? - Colloque 10 Février 1995, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1995, 147 p.

⁴⁸ Voir les distinctions opérées par Statistiques Canada retracées dans le rapport de Judy FUDGE, Eric TUCKER, Leah VOSKO, The Legal Concept of Employment, Report for the Law Commission Canada, October 25, 2002, 142 pages, partie I p. 12 et partie II p. 16.

⁴⁹ « La question des frontières du salariat concerne essentiellement la détermination des bénéficiaires d'un statut protecteur », dans Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », (1997) 6 Droit Social 617.

Cette analyse au cas par cas n'a pas que des avantages. Certes elle permet de démasquer certaines situations mais offre une part d'incertitude. Pour l'atténuer, quelques propositions ont été faites du côté syndical⁵⁰ au Québec. Il s'agirait d'établir une présomption de salariat à la faveur de la personne visée par l'unité d'accréditation. Ce qui signifie que l'unité d'accréditation pourrait, a priori, inclure des entrepreneurs dépendants, des travailleurs autonomes; la charge reviendrait alors à l'employeur de contester la composition de l'unité au moyen d'une preuve convaincante. Cette solution semble être une avenue intéressante et non isolée, puisque de nombreux pays ont déjà opté pour cette voie; d'autres en revanche l'abandonnent en partie pour en prendre le contre-pied⁵¹.

Conjointement à ce phénomène, il n'est pas improbable de dégager au sein du droit commercial et du droit civil quelques dispositions qui esquissent dans des situations particulières un régime de protection, qui pourrait dès lors constituer l'amorce à un régime de protection digne de ce nom⁵² à l'image de celui offert par le droit du travail.

⁵⁰ C.S.N., L'emploi autonome une réalité incontournable dans nos rangs, dans la société, Document soumis au Conseil confédéral à sa réunion des 18, 19 et 20 mars 1998.

⁵¹ En France la Loi relative à l'initiative et l'entreprise individuelle du 11 février 1994, dite Madelin, loi abrogée en grande partie qui instituait une présomption de non salariat à l'égard des personnes immatriculées mais réinstaurée en certains aspects en 2003.

⁵² J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., note 13, p. 210 et suiv., § 140.

(3) *La dépendance au sens
commun*

La notion de dépendance s'emploie aussi bien dans le langage courant que spécialisé et ses domaines d'application sont aussi variés que la médecine, l'économie et le droit. C'est un concept polysémique mais qui a l'avantage d'avoir une signification par-delà un champ disciplinaire. C'est précisément en raison de cette polyvalence que le concept est retenu car il permet de dépasser les cloisonnements disciplinaires et de s'affranchir des catégories traditionnelles pour étudier les différentes réalités du travail. Il permet à lui seul une analyse transversale.

Ces qualités ne doivent pas dissimuler l'imprécision dont on peut le taxer. Selon le Grand Larousse, la dépendance est universelle⁵³, elle est une servitude qui conditionne, régit, soumet à l'autorité, n'a pas d'autonomie, assujettit, accepte l'influence d'une certaine autorité ou encore caractérise une très grande inégalité. En effet, personne ne souhaite n'être que dépendant. Pourtant la vie en société démontre que les expériences ne sont qu'une suite d'indépendances conquises sur la dépendance. La dépendance est et sera. Dans nos sociétés occidentales, il ne fait pas bon être dépendant, et s'affranchir des liens de dépendance demeure le combat de l'homme et de la femme modernes.

Mais il convient de distinguer entre plusieurs formes de dépendance. Rousseau⁵⁴ dégage celle relative aux choses, issue de la nature et celle des hommes qui trouve ses causes dans la société. Seul le second aspect dans la présente étude nous intéresse soit la dépendance qui s'explique, qui se gère et non du phénomène qui par essence est dépendant.

Appliquée aux sciences économiques, cette notion a donné lieu aux théories dites de la dépendance qui justifient :

⁵³ Grand Larousse universel, vol. 5, Paris, éd. Larousse, 1989, p. 3116 pour le mot dépendance.

⁵⁴ Rousseau, Émile, II.

« (...) la richesse des économies des pays riches et le dénuement des nations en voie de développement, et même, dans son acception ultime, considère le sous-développement comme un effet de la domination des économies capitalistes, imposées de l'extérieur aux pays en voie de développement. »⁵⁵.

La dépendance revêt ici un caractère technique, celui de « l'asymétrie des moyens de production des deux types d'économie, et l'asymétrie des compétences techniques, des ressources en capital financier et des pouvoirs de décision. ». Cette lecture économique de la notion met en lumière le caractère pathologique d'une relation que l'on caractériserait de « dépendante », soit la dimension inégalitaire de la relation et le fait que le comportement d'une partie à la relation peut conduire à l'appauvrissement de l'autre, au sens propre et figuré du terme. Elle éclaire la dimension technique de la dépendance, celle relative au déficit des moyens matériels, des aisances financières ou encore de la faculté de décider.

Cette lecture économique du concept doit être complétée par celle retenue en droit pour ensuite dégager des sciences humaines une nouvelle clé de compréhension de ce concept.

Mais avant précisons que les notions de dépendance et de subordination sont souvent confondues en partie à tort car même si les termes ont un sens commun soit l'assujettissement, la sujétion, la notion de dépendance quant à elle est plus vaste. Elle comprend l'idée d'interdépendance, d'enchaînement.

Classiquement en droit du travail on distingue entre le travail salarié et son opposé le travail indépendant. D'ailleurs, l'administration des tests repose sur une analyse binaire, la question étant de savoir si une personne est subordonnée à l'autre. Cette interprétation ne fait pourtant pas l'unanimité. Gérard LYON-CAEN⁵⁶ dans son ouvrage intitulé, Le travail non salarié, démontre en effet que cette opposition entre le travail salarié et non salarié est

⁵⁵ Grand Larousse universel, vol. 5, Paris, éd. Larousse, 1989, p. 3116 pour le mot dépendance.

⁵⁶ Gérard LYON-CAEN, Le droit du travail non salarié, Alençon, éd. Sirey, 1990, p. 3.

inexacte d'un point de vue historique, puisque ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle que cette distinction artificielle apparaît. En plus, elle s'avère impropre sur un plan conceptuel car elle ne «correspond à aucune réalité positive et homogène»⁵⁷. Pour démontrer ce point, l'auteur soulève la fluidité des catégories et leur caractère non exclusif l'une de l'autre. Le travailleur subordonné peut être indépendant dans son activité tandis qu'à l'inverse l'indépendant peut être dépendant. Cette remarque fort juste corrobore l'analyse sémantique de la notion de dépendance auquel s'est livré le philosophe et écrivain Albert Memmi⁵⁸. Il indique qu'à tort on assimile la dépendance à la sujétion. Le dépendant serait selon l'auteur une autre façon de désigner le dominé. Il dément cette affirmation puisque pour lui, le dépendant et le dominé, sont aliénés mais ils ne le sont pas de la même manière. « La dépendance est une relation contraignante, plus ou moins acceptée »⁵⁹ car le « dépendant trouve profit à l'être. »⁶⁰. Il consent à son aliénation car il conserve l'autonomie suffisante pour se retirer de l'affaire. Par contre la dépendance devient pathologique par excès⁶¹ ou défaut. Par excès lorsque la relation de dépendance n'offre plus de régulation réciproque, et par défaut lorsque les liens se dissolvent pour laisser place à l'indépendance.

Maintenant si l'on reprend cette analyse et que l'on tente de l'appliquer au domaine des relations de travail on constate que l'on assimile l'unique salariat à la dépendance puisque classiquement on oppose le travail dépendant et indépendant. Or cette dialectique, ne doit pas être réduite à cette opposition puisque parmi le travail dépendant il y a celui assujéti, le salarié et celui interdépendant. Le premier bénéficie de mesures de protection pour

⁵⁷ Id., 2.

⁵⁸ Albert MEMMI, La dépendance. Esquisse pour un portrait du dépendant, Paris, Gallimard, 1979, 218 p.

⁵⁹ Id., p. 212.

⁶⁰ Id., p. 198.

⁶¹ Id., p. 171.

précisément éviter que le lien ne devienne une domination⁶², tandis que le second a les attributs du dépendant sans avoir les moyens « de se tirer d'affaire ».

En conséquence, plusieurs enseignements sont à retenir de ces différentes approches. En premier lieu, la notion de dépendance revêt un caractère non pathologique dans le sens où elle peut animer naturellement une relation. L'état qui en résulte peut se renouveler dans le temps ou sous des aspects variables. Cette notion permet surtout de rendre compte sur un plan sémantique de la réalité de travail vécue par les non-salariés sans pour autant endosser le concept d'indépendance contestable et donc de dépasser la dialectique entre indépendant et dépendant ou à tout le moins d'ériger une ligne de démarcation plus sûre et plus juste entre l'indépendance et la dépendance contractuelle.

Dans l'analyse travailliste⁶³ on distingue deux ingrédients à la subordination, « le lien d'appartenance », soit la subordination fonctionnelle et « le lien d'obéissance : la subordination personnelle ». La soumission à autrui correspond à une « dimension personnaliste » de la relation de travail. L'objet et le sujet au contrat de travail se confondent ce qui explique que la jurisprudence soit restée vigoureusement attachée à ce critère, la subordination juridique. Par contre, pour ne pas faire fi de l'évolution du monde du travail elle a progressivement intégré la « subordination fonctionnelle », concept plus large qui prend en considération le fait d'appartenir à une organisation économique mais en l'intégrant à la notion cadre de subordination juridique. Et la Cour de cassation « réaffirme périodiquement son attachement à cette conception personnelle (...) »⁶⁴ observation que l'on peut étendre à la Cour suprême du Canada.

À la lumière de ces observations, la notion de dépendance dans le sens d'interdépendance, de collaboration, fait appel en priorité à la dimension fonctionnelle de la dépendance. Le travail non salarié dépendant offre une forme de dépendance fonctionnelle sans être

⁶² La situation d'infériorité du salarié explique les racines fondatrices de ce droit.

⁶³ Alain SUPIOT, Le droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2004, 127 p., p. 72-74.

⁶⁴ Id.

personnelle. Or aujourd'hui, le champ d'injustice et d'abus s'est colporté à la lisière du droit du travail et du droit commercial et civil, vers ces formes de travail non salariées dépendantes. Plusieurs propositions ont été envisagées en vue de juguler cette dérive; elles émanent aussi bien du droit du travail que du droit civil ou du droit économique et la partie qui suit entend les exposer.

§-2. *Les nouvelles approches : pour une analyse paradigmatique du travail non salarié dépendant*

Pour accorder un traitement juridique de la zone grise, plusieurs propositions ont été présentées, soit de créer un droit du travail non salarié (1), un contrat d'activité (2), d'autres perspectives (3) ou encore un droit de la dépendance (4)

(1) *Le droit du travail non salarié*

Il y a dix ans, Gérard Lyon-Caen avait entrepris ce travail de défrichage et de conceptualisation pour dégager un "droit du travail non salarié"⁶⁵, en somme, poser les assises d'une théorie juridique du travail non salarié en France. L'auteur part de l'opposition travail salarié, travail non salarié qui, conceptuellement, historiquement et pratiquement se trouve mal fondée.

⁶⁵ G. LYON-CAEN, op. cit., note 56, p. 106.

« (...) innombrables et très dissemblables sont ceux qui ont une activité professionnelle sans être soumis à un contrat de travail les plaçant en état de subordination. Le concept ne correspond à aucune réalité positive et homogène ».⁶⁶

Il forme l'hypothèse d'un droit du travail non salarié calqué sur le modèle du droit du travail. Autrement dit, il cherche à dégager, au-delà de la diversité des régimes juridiques, des principes communs à tout travailleur non salarié. Pour ce faire, l'auteur établit des analogies avec le régime du droit du travail salarié et vérifie, malgré la diversité des situations (les représentants de commerce, ou journalistes par exemple), qu'il existe des points de ralliement communs qui outrepassent les points de divergence.

Par la suite, il analyse les éléments qui permettent de différencier le travailleur salarié du travailleur non salarié. Il passe en revue les critères du salariat pour, a contrario, définir ceux du non-salariat. Dans un second point, l'auteur met en exergue la présence dans la législation de statuts mixtes. Il s'agit de travailleurs dont la nature du travail posait un problème de qualification et, problème auquel le législateur a répondu par une proposition « d'assimilation » au salariat. En France, cette situation couvre une grande variété de formes de travail et de professions⁶⁷. Au Canada, cette situation bien qu'elle n'ait pas d'équivalent avec la France recouvre une part moins importante de travailleurs⁶⁸. Enfin, il relève les situations où les parties simulent l'indépendance pour échapper au régime protecteur des lois du travail.

Après ce tour d'horizon, l'auteur aborde la question du régime juridique du travail non salarié. Il démontre, malgré l'écartèlement de ce droit entre les différentes professions, qu'il est possible de dégager un régime qui soit propre aux non-salariés. A cette fin, l'auteur s'interroge sur les possibilités de rapprochement avec les principes du droit du travail. La

⁶⁶ Id., p. 2.

⁶⁷ Il s'agit des travailleurs à domicile pour certains d'entre eux, des représentants commerciaux, des voyageurs, des mannequins, des journalistes, des artistes, des assistantes maternelles, des gérants de succursales, de maison d'alimentation et de détails.

conclusion à laquelle il aboutit est conforme à celle que dégagera quelques années plus tard Revet⁶⁹. Il y a certes des rapprochements possibles entre les deux régimes, mais cela ne signifie pas pour autant fusion. En effet, de nombreux éléments s'opposent à une assimilation des salariés aux non-salariés; ce sont ces points que Gérard Lyon-Caen cherche à mettre en lumière dans ce travail pour conclure finalement à la spécificité du droit du travail des non salariés. Mais une fois la divergence soulignée, il faut affronter la diversité des situations de travail non salarié. Puis tenter, dans la pléthore des situations, de dégager ce qu'elles ont de commun pour consacrer l'hypothèse d'un droit du travail non salarié. Chose qu'il réalise en inaugurant la matière selon deux catégories : le travail exercé individuellement, soit le travail indépendant et celui exercé en société.

L'apport du travail de Lyon-Caen se situe principalement dans la recherche de ce qu'il y a de distinctif dans le régime du travailleur non salarié par rapport au travailleur salarié. La spécificité c'est aussi les points de rattachement, les racines qui fondent l'existence d'un droit. C'est la raison pour laquelle nous aborderons dans la thèse tant les points de convergence entre le droit du travail salarié et le droit de la dépendance que ceux de divergence. De ce point de vue, nous nous rattachons au travail de Revet⁷⁰ relativement à la rupture des contrats qui analyse la proximité des relations contractuelles sans négliger pour autant la distance qui les sépare.

La seconde proposition consiste à créer une nouvelle catégorie de contrats de façon à ce que l'intégralité de la dimension des relations professionnelles soit prise en compte.

⁶⁸ Les artistes presque exclusivement.

⁶⁹ Thierry REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », dans A. COEURET et al., *op. cit.*, note 40, p. 195-207.

⁷⁰ *Id.*

(2) *Contrat d'activité et relations professionnelles*

Marie-Laure Morin⁷¹ retient la notion de "**relations professionnelles**", capable non seulement de prendre en compte les réseaux de collaboration entre entreprises, mais également les liens avec et entre les travailleurs. En somme, elle propose de porter un double regard à savoir structurel (les liens entre entreprises) et relationnel (liens entre travailleurs et rapports qu'ils entretiennent avec les entités organisationnelles) sur les relations de travail. Ce regard permettra de redéfinir un cadre cohérent et réaliste au nouveau contrat de travail tel que le **contrat d'activité**. C'est effectivement l'idée d'un contrat d'activité, proposé un an plus tôt dans le rapport du Commissariat général au Plan⁷² en France. L'idée de saisir les relations professionnelles avait déjà été évoquée par P. Durand⁷³ et d'autres auteurs tels que Georges Ripert en France.

L'argument central de cette thèse part de la question de l'avenir du droit du travail et des solutions qui permettraient au droit du travail de sortir de l'impasse actuelle, à savoir une perte de croissance dans l'effectif du travail salarié. Pour remédier à cela, l'élargissement du concept de travail vers celui d'emploi ou bien d'activités professionnelles s'avère l'outil privilégié aux yeux des partisans de cette thèse. Dans une réflexion globale, qui avait été commandée par le Commissariat général au plan en France, sur le thème "*Le travail et l'emploi, en France, à l'horizon 2015*", dans une perspective de mobilité professionnelle grandissante, il en était ressorti qu'il convenait de tirer "toutes les conséquences des

⁷¹ Marie-Laure MORIN, « Sous-traitance et co-activité », dans A. COEURET et al., *op. cit.*, note 40, p. 123-125.

⁷² Jean BOISSONNAT (dir.), *Rapport de la Commission - Le travail dans vingt ans*, Commissariat général au Plan, éd. Odile Jacob et La documentation française, Paris, Octobre 1995, 355 p.

⁷³ Paul DURAND, « Naissance d'un droit nouveau: du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », (1952) *D.S.* 437.

principes de continuité et de mobilité (...)»⁷⁴. Le contrat d'activité, tel que proposé par Jean Boissonnat⁷⁵, semble répondre à ces impératifs et nouvelles nécessités qui avaient été mis en avant lors de cette enquête. Il possède des vertus plus larges que le contrat de travail actuel, et contient, en son sein, un sous-contrat de travail. L'objectif recherché, à travers la reconceptualisation du contrat de travail, consiste à couvrir l'ensemble des périodes de la vie professionnelle telles que la formation, les congés, le travail effectif en entreprise ainsi que tous les points de rupture entre ces périodes. Le travailleur conserverait, sur une période donnée, les droits et les garanties sociales malgré les variations de son salaire.

Outre l'objet du contrat, sa nature en soi change. Le caractère synallagmatique du contrat demeure, mais une chose nouvelle apparaît. Il n'est plus seulement conclu entre un employé et un employeur, il est le fruit de l'accord entre différents intervenants tel qu'un réseau d'entreprises ou divers acteurs de droit privé et public, la chambre de commerce, les collectivités locales, les écoles, ou encore les associations. L'élargissement des parties au contrat permet d'assurer la mobilité des travailleurs et de réduire le taux de chômage. L'entreprise peut alors user des services du travailleur à sa convenance, tant en termes de temps, soit passer du temps plein au temps partiel ou bien prêter le travailleur à une autre entreprise, c'est-à-dire retenir ses services en tant que travailleur indépendant plutôt que salarié. Mais, cette latitude laissée aux entreprises ne ferait-elle pas rejaillir le spectre du marchandage⁷⁶? La question méritait d'être posée.

Cette solution, bien que séduisante, se révèle peu réaliste si l'on examine les conséquences juridiques et mêmes sociales auxquelles elle conduit. À moins d'harmoniser le droit du travail dans son ensemble et d'y incorporer *manu militari* toutes les formes de travail, y compris le réel travailleur indépendant, comment jongler aisément d'un statut à l'autre avec les répercussions fiscales et financières qui s'y rattachent tant pour le travailleur

⁷⁴ Alain SUPLOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi » (1997) 3 D.S. 242.

⁷⁵ J. BOISSONNAT (dir.), op. cit., note 72, p. 278 et suiv.

⁷⁶ Jean NERET, « Marchandage - Opération de fourniture ou de prêt de main d'œuvre », Juris-classeur du travail - Traité travail, Fascicule 3-20.

que pour l'entreprise utilisatrice? Un autre élément doit être pris en considération; les ruptures entre chaque "mission" donneraient-elles le droit aux recours en matière de congédiement ou de licenciement?

Dans la négative, il faudrait alors songer à revoir l'ensemble du régime et les protections élémentaires instaurées par le droit du travail. Et, c'est sans compter les conséquences sociales et psychologiques que cela impliquerait pour le travailleur propulsé d'un environnement de travail à l'autre. En somme, à moins d'une révolution de toutes nos assises juridiques, cette solution paraît peu réaliste. Le contrat d'activité est une prophétie, et il faudra des décennies d'évolution avant d'atteindre un tel résultat.

Plus réaliste, la doctrine a avancé l'idée d'un droit de l'emploi ou encore d'un droit de l'activité professionnelle ou de la dépendance mais à ce jour aucune appellation ne semble dominer; ce sont ce que nous nommons les autres perspectives.

(3) Autres perspectives

Plus mineures, ces propositions méritent que l'on s'y arrête. Fernand Morin et Jean-Yves Brière ont récemment intitulé leur ouvrage « Le droit de l'emploi au Québec »⁷⁷. Renoncer à l'appellation classique de « droit du travail » démontrait la volonté des auteurs d'embrasser plus largement les aspects juridiques susceptibles de survenir au cours de la vie professionnelle d'un salarié. Le terme suggère "le statut juridique, professionnel, social et économique de son titulaire et, aussi son contraire, c'est-à-dire la personne qui est occasionnellement en manque d'emploi". Il s'incorpore à la matière; « les multiples liens de services non nécessairement aménagés selon la formule traditionnelle ou usuelle à laquelle

⁷⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, op. cit., note 13.

renvoie le contrat de travail : le rapport tripartite où un intermédiaire se place entre le donneur d'ouvrage et le prestataire, le travail à la pige etc. »⁷⁸.

En France, Gérard Lyon-Caen⁷⁹, plus radical, propose de son côté un droit de l'activité qui regrouperait en son sein, le droit de l'activité subordonnée (travail salarié) et le droit de l'activité indépendante (la partie résiduelle).

« Le concept même *d'activité professionnelle*, a une vertu unificatrice profonde : travailleurs salariés et non-salariés, tous ensemble, constituent les actifs. A titre d'hypothèse, il n'est pas à exclure qu'on puisse parler d'un droit de l'activité (...) »⁸⁰

À la fois critique et défenseur de l'approche ci-dessus mentionnée, Alain Supiot pose les bases de la réflexion sur le droit du travail et son avenir dans son ouvrage « Critique du droit du travail »⁸¹. Il démontre que la fonction d'intégration économique et sociale assumée par le droit du travail se sclérose pour une partie des travailleurs. Pour résoudre cette difficulté, il propose de repenser le travail en lui redonnant l'envergure dont il a besoin. Il faut dépasser la simple exécution d'une prestation de travail, et ainsi, décroiser les oppositions que l'on retient classiquement et qui participent à la faillite du droit du travail telles que : travail, non-travail, travail dépendant, travail indépendant. Pour ce faire, différents principes peuvent permettre de réunir ces réalités autrefois opposées ou dissociées. Il s'agit des principes de la liberté professionnelle desquels découlent ceux de la liberté d'entreprendre et de la liberté du travail, mais aussi d'égalité, qui comprend l'égalité entre salariés, entre employeurs. Enfin, l'ensemble reste encadré par l'ordre public qui « (...) tout à la fois délimite ce marché et garantit la régularité et la loyauté. »⁸². L'objectif

⁷⁸ Id., p. 7-8, (§ I-4).

⁷⁹ G. LYON-CAEN, op. cit., note 56.

⁸⁰ Id., p. 4 (Les italiques sont de l'auteur).

⁸¹ Alain SUPIOT, Critique du droit du travail, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1994, 280 p.

⁸² Alain SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », (1997) 3 D.S. 232 et suiv.

pour l'auteur consiste à : « (...) redéfinir un état professionnel ouvrant toutes les chances égales de conciliation de l'autonomie et de la sécurité. »⁸³.

En somme établir un cadre fédérateur où les principes de continuité et de mobilité de l'état professionnel des personnes pourraient librement s'adjoindre l'un à l'autre.

Dans cette perspective, la notion d'activité semble être promue à un bel avenir, car les juristes mais, plus globalement les théoriciens du social, s'y sont intéressés, notamment les partisans de « l'économie solidaire »⁸⁴. L'avantage de ce concept consiste à associer les logiques marchandes aux logiques non marchandes. Mais le pas à franchir entre le système actuel et celui de "l'activité" semble immense et, sans doute, prématuré. D'ailleurs n'est-ce pas là le même sentiment qu'évoque Alain Supiot lorsqu'il dit : « Utopie sans doute, mais déjà inscrite çà et là dans les textes. Et le bon usage du droit ne suppose-t-il pas d'y avoir aussi un lieu d'utopie »⁸⁵.

Dans cette perspective, il semble plus réaliste d'élaborer la recherche sur la notion de dépendance qui de différents points de vue contribuera à l'éclaircissement de cette zone intermédiaire. Cette perspective radicale paraît ultimement la voie à suivre. Ceci étant, dans une perspective moins radicale et plus réaliste, d'autres propositions ont été avancées. Elles offrent la possibilité de se pencher précisément sur la zone grise. N'est-ce pas là une étape intermédiaire nécessaire avant d'affronter la révolution paradigmatique?

Comme G. LYON-CAEN l'a souligné avec force: « de l'extériorisation de l'activité à travers la franchise ou la sous-traitance, la loi ne connaît que le point d'aboutissement, alors

⁸³ Id., p. 240.

⁸⁴ Pour une synthèse de ce courant voir, Marie-Thérèse JOIN-LAMBERT, Politiques sociales, 2ème éd., coll. « Amphithéâtre », Paris, Éditions Presses de Sciences Politiques et Éditions Dalloz, 1997, 191 p., p. 302.

⁸⁵ A. SUPIOT, loc. cit., note 81, 242.

qu'il est nécessaire de favoriser le passage du salarial à l'indépendance. Comment? Là sont les vraies questions et aujourd'hui le vrai débat. »⁸⁶.

C'est précisément ce passage dont tentent de se saisir plusieurs auteurs qui dans un souci de réalisme et de justice sociale envisagent la création d'une nouvelle théorie, la théorie de la dépendance.

(4) Vers un droit de la dépendance

La théorie de la dépendance est animée par un courant doctrinal plus civiliste que travailliste. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit dénuée d'intérêt pour le droit du travail, tout au contraire. D'ailleurs la notion « "entrepreneur dépendant" »⁸⁷ n'est-elle pas dans une certaine mesure une amorce à cette réflexion? À tout le moins elle est le signe d'une prise de conscience, d'un besoin de clarification et de conceptualisation en faveur de ces travailleurs indépendants dépendants qui "flirtent" tantôt avec le statut juridique de travailleur salarié et tantôt avec celui d'entrepreneur.

Jusqu'à présent, cette expérience d'assimilation ne semble pas avoir résolu l'ensemble des difficultés. Rappelons-le, cette notion demeure une simple définition qui a pour objet de rattacher à une catégorie juridique déjà existante, le travailleur ainsi qualifié. Il n'est ici nullement question de prendre en compte le particularisme de cette catégorie de travailleurs et lui attacher un régime juridique adapté; il s'agit simplement d'assimiler

⁸⁶ Isabelle VACARIE considère que ce mécanisme « écarte le principe de la réalité », dans « Travail subordonné, travail indépendant : Question de frontières ? », dans A. COEURET et al., *op. cit.*, note 40, p. 113.

⁸⁷ *Supra*.

l'entrepreneur dépendant au salarié. Le problème est alors repoussé puisqu'il s'agit de déterminer qui est l'entrepreneur dépendant.

Plus fondamentalement, il y a une quinzaine d'années, des propositions ont été faites relativement à la création d'un **droit de la dépendance**. Il s'agissait de réunir les partenaires professionnels juridiquement indépendants mais économiquement dépendants. Cette proposition s'analyse comme une réponse au besoin imminent de faire une place au travail indépendant.

« (...) la masse de petits actifs indépendants expulsés du Droit du travail. Cette dernière situation n'est pas satisfaisante. Imaginer un Droit de la "dépendance dans l'indépendance", dont un embryon existe dans le régime de la sous-traitance, de la franchise de l'intégration en agriculture constitue un défi que le juriste doit relever, on en retrouve aussi une trace dans le cas de la collaboration, mentionnée par la Loi sur les professions judiciaires. »⁸⁸

Ce premier effort de conceptualisation revient à Georges J. Virassamy⁸⁹ qui, dans sa thèse en 1986, a proposé un essai sur les activités professionnelles exercées dans un état de dépendance économique.

L'auteur explique que la volonté de justice contractuelle qui a animé l'ensemble du droit du travail est restée pendant un certain temps sans effet sur les relations entre professionnels. Cette résistance se comprenait par leur volonté d'indépendance et de liberté. Progressivement, ces derniers remparts se sont abaissés afin de privilégier le rééquilibrage de leurs relations contractuelles; le recours de plus en plus fréquent aux clauses limitatives a alors fait surface. Face à cette volonté accrue de protection, l'auteur propose l'instauration

⁸⁸ Gérard LYON-CAEN, Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Droit du travail, 18^e éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 1996, p. 116 ; voir dans le même sens : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., note 13, p. 210 et suiv.

⁸⁹ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p.

d'un droit de la dépendance. Il prétend renouer avec les faits afin d'extraire le volet économique de la relation contractuelle, volet souvent occulté lors d'une analyse purement juridique.

Le particularisme des relations entre les professionnels se manifeste par l'enchevêtrement de leurs relations contractuelles, témoignage de leur collaboration de plus en plus étroite et de la diversité des contrats qui les nouent. Cette variété contractuelle ne doit pas occulter les éléments qui contribuent au rapprochement de certains d'entre eux, les contrats de dépendance. L'auteur définit le contrat de dépendance de la façon suivante, il s'agit :

« (...) contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des cocontractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination. »⁹⁰

Il considère qu'il y a dépendance chaque fois que le fabricant vend à un seul et même acheteur l'essentiel sinon la totalité de sa production. À partir de cette définition, il recense les contrats qui comportent de telles caractéristiques et s'efforce de dégager un régime propre à ces contrats, tous unis par une même caractéristique, **la dépendance économique**.

L'auteur distingue les contrats en trois grands secteurs d'activités pour lesquels il existe une forme de dépendance économique :

- Le secteur de la production.
- Le secteur de la distribution.
- Le secteur des activités créatrices de la production et de la distribution, le domaine des services.

⁹⁰ Id., p. 10.

Plus en détail, il inclut dans le secteur de la production, les contrats d'intégration en agriculture et de sous-traitance. Comme complément à l'activité de production, l'activité de distribution rassemble les contrats de concession commerciale, d'assistance et de fourniture, de franchisage. Enfin, l'auteur s'intéresse en dernier lieu à la catégorie de contrats qui effectue le lien entre les deux catégories précédentes, soit les contrats de prestation de services ou d'activités. Cette dénomination regroupe le contrat d'agence commerciale, le contrat de représentation commerciale ainsi que les contrats de gérance.

Le point commun à l'ensemble de ces contrats est qu'il s'agit de contrats successifs, le plus souvent d'adhésion qui soumettent «l'assujetti à l'égard de son partenaire privilégié »⁹¹ à un état de dépendance économique. A l'origine de cette dépendance, on trouve l'activité du travailleur exercée au profit du cocontractant et, en contrepartie, de laquelle il tire ses moyens de subsistance.

Ce critère de dépendance économique, comme le souligne l'auteur, a été initié par le Doyen Cuche il y a presque un siècle. Ce dernier, après avoir constaté l'incapacité du critère de subordination juridique du salarié à couvrir une portion adéquate de travailleurs, propose le critère de la dépendance économique. Ce critère se définit selon trois caractéristiques; il s'agit de l'existence d'une relation contractuelle, dont la permanence et la régularité des liens assure l'existence et la survie de l'assujetti. À l'époque de cette proposition, le droit du travail en était à ses premiers balbutiements et, ce n'est que trente ou quarante plus tard, qu'allait s'entamer la bataille expansionniste en faveur du salariat. Rapidement la Cour de cassation rejettera le critère de la dépendance économique comme élément essentiel à la condition juridique des travailleurs⁹².

La thèse de l'auteur reprend en partie le travail de Cuche, pour souligner l'inconsistance qu'il y a à soumettre systématiquement au même régime juridique deux

⁹¹ Id., p. 132.

⁹² Paul CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », (1932) 30 Dalloz Chr. 101.

personnes qui exercent une activité, l'une dans l'indépendance et l'autre dans la dépendance économique, « (...) sous prétexte que leur contrat sont de même nature »⁹³.

Parmi les contrats de dépendance, il en distingue deux types; les contrats de dépendance à sujétion parfaite et ceux à sujétion imparfaite.

La première catégorie rassemble les contrats qui, par nature, privilégient l'autorité d'un partenaire. D'emblée ces relations se « nouent (...) sur des bases inégalitaires »⁹⁴. L'assujetti dépendant économiquement est obligé « (...) d'accepter ou de subir des sujétions, un contrôle, en un mot une subordination qui apparaît comme le corollaire de sa dépendance. »⁹⁵. La forme de subordination varie en intensité ainsi qu'en nature selon le type de contrat. Dans certains cas, cette forme de contrôle s'apparente à la subordination juridique.

La seconde catégorie couvre les situations où : « (...) l'assujetti, le travailleur indépendant peut se voir imposer une politique commerciale et financière, un programme de production organisée, (...). Tout cela réalise une ingérence, une immixtion dans ses activités et conduit à sa subordination professionnelle. »⁹⁶

Cet assujettissement, contrairement à la catégorie précédente, résulte de la volonté délibérée du partenaire privilégié.

Pour apprécier la contribution de la thèse de Virassamy, il faut en premier lieu en rappeler son contexte. En effet, cette recherche s'inscrit dans la phase d'évolution du droit des obligations qui consacrait l'existence des régimes dits de protection⁹⁷. Curieusement

⁹³ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 89, p. 143.

⁹⁴ *Id.*, p. 151-152.

⁹⁵ *Id.*, p. 299-300.

⁹⁶ *Id.*, p. 300.

⁹⁷ Brigitte BERLIOZ-HOUIN, Georges BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », dans Mélanges Roger HOUIN, *Études offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, 308 p. p. 3 et suiv.

cette époque que les premières lois de libéralisation et de flexibilisation du travail font leur apparition⁹⁸ : « 1983 sera l'année de lutte contre les contraintes introduites dans la législation au cours des Trente Glorieuses et aujourd'hui inadaptées, l'année de lutte pour la flexibilité. » Weber Henri⁹⁹.

C'est d'ailleurs au cours des années quatre-vingt que l'idée d'un régime juridique centré sur les caractéristiques d'un contrat dit de dépendance¹⁰⁰ émerge. Cette idée rencontrera nombre d'opposants mais sera également accueillie avec enthousiasme.

Thierry Revet¹⁰¹ fait partie de ces derniers. Dans l'un de ses articles, récemment publié sous le titre « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », il se penche sur la question. Situé dans le prolongement des travaux de Virassamy dont il retient d'ailleurs la définition du concept de dépendance, l'auteur fait un parallélisme entre les modes de ruptures propres au contrat de travail et aux contrats de dépendance. Il constate et recense les efforts accomplis en vue de rapprocher le droit des économiquement dépendants du droit du travail donc des salariés.

⁹⁸ Notamment en France l'Ordonnance du 11 Août 1986 et la Loi du 20 Décembre 1986 relative aux licenciements économiques; Voir notamment Gérard LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité » (1985) Droit social 801.

⁹⁹ Cité par, M.-T. JOIN-LAMBERT et al., op. cit., note 84, p. 163.

¹⁰⁰ Voir à ce sujet les articles suivants : Marie-Laure MORIN (dir.), « Sous-traitance et relations salariales » (1996) 2 Les Cahiers de L.I.R.H.E., 186 p., en particulier p. 12 et p. 117 et suiv.; MORIN Marie-Laure, "Sous-traitance et co-activité", dans A. COEURET et al., op. cit., note 40, p. 115-131, en particulier p. 117, 124-125, 131; François GAUDU, « L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés », id., p. 163-182; T. REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », id., 195-207; Georges VIRASSAMY, « La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant », id., p. 183-193.

¹⁰¹ T. REVET, loc. cit., note 69, 195-207.

Le constat qu'il dresse montre à la fois les éléments incitatifs ou, au contraire, de résistance, propres au rapprochement des contrats de dépendance avec celui des contrats de travail. « (...) proximité ne signifie pas identité et les économiquement dépendants ne sont pas des salariés. Ce qui explique, alors, l'imperfection de ce rapprochement (...) »¹⁰².

Mais cette proposition, bien qu'appuyée récemment, ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Elle a ses opposants. Parmi eux, Marie-Laure Morin¹⁰³, qui montre le caractère éminemment relatif du concept de dépendance économique, critique qui au passage avait déjà été avancée par la jurisprudence :

« (...) avoue un relatif scepticisme sur la possibilité de construire un critère de dépendance économique susceptible de fonder une responsabilité de l'entreprise dominante sur les salariés de l'entreprise dépendante (...) la dépendance économique, même très forte, n'est pas susceptible de fonder un principe de responsabilité de l'entreprise dominante sur les salariés de l'entreprise dominée, dès lors que celle-ci conserve son autonomie juridique et le pouvoir de direction du personnel. »¹⁰⁴.

Si l'on s'en tient aujourd'hui au développement contemporain de la thèse de Virassamy et, en particulier, aux travaux de Revet, voici la réponse qui aurait pu être formulée à l'égard des critiques énoncées plus tôt.

« Durant l'exécution de la relation de travail cependant, la dépendance économique du salarié à l'égard de son employeur est absorbée par la subordination juridique unissant les mêmes. Elle reparaît seulement lors de la rupture du contrat, car la protection alors assurée au salarié trouve sa raison bien plus dans son état de faiblesse juridique que dans le lien de subordination juridique : le droit de la rupture du contrat de travail vise avant tout à favoriser une certaine stabilité du contrat de travail, pour des raisons d'ordre économique et social. Le droit de la rupture du contrat de travail est donc le droit de la protection d'un contrat de dépendance. »¹⁰⁵.

¹⁰² Id., p. 196.

¹⁰³ Pour l'auteur il ne s'agit pas de la situation la plus fréquente : M.-L. MORIN, loc. cit., note 71, 117.

¹⁰⁴ Id., 123-125.

¹⁰⁵ T. REVET, loc. cit., note 69, 195.

A travers cette citation, deux éléments significatifs apparaissent. D'une part, les économiquement dépendants semblent former un groupe à part, suffisamment homogène pour les isoler des autres groupes de rattachement auxquels ils appartiennent; c'est une façon de montrer leur spécificité et le besoin d'être reconnus dans leurs spécificités. D'autre part, cette reconnaissance démontre l'existence, et donc la réalité de ce groupe, d'où l'importance et la pertinence d'approfondir ce sujet.

L'ensemble de ces travaux soulève un malaise général face aux catégories juridiques existantes. Ces dernières s'avèrent progressivement incapables de répondre à l'évolution des relations de travail et des relations professionnelles de façon satisfaisante.

Nombreux sont les témoignages doctrinaux qui démontrent l'inadaptation, l'incohérence, l'inexistence si ce n'est la désuétude des dispositifs ou encore des concepts employés face aux évolutions contemporaines du travail. Des travaux de fond, qui sont exposés plus haut, ont d'ores et déjà été réalisés. C'est dans cette perspective que nous souhaitons aborder et situer cette thèse.

On se rend compte que le sujet couvre un nombre très varié de situations, un dégradé allant de la dépendance à l'indépendance. Entre ces deux « couleurs » dominantes se trament des nuances. Ce sont ces nuances que nous voudrions tenter d'appréhender pour analyser et préciser les contours d'un droit de la dépendance qui tantôt rejoint les caractéristiques de l'indépendance, tantôt côtoie le travail salarié sans lui appartenir totalement. Nous n'entendons pas ainsi exclure l'étude des formes de travail ou des contrats qui ont fait l'objet d'interventions spécifiques de la part du législateur y compris celles ayant pour objet d'assimiler certains travailleurs aux salariés. En effet, ce serait là se priver d'un terrain d'exploration et de réflexion essentiel à la compréhension du phénomène.

Il est à noter que la tâche n'est pas simple, et le droit, à cet effet, peut être source de confusion, comme le souligne Pélissier et al¹⁰⁶.

« L'erreur du législateur peut être de confondre *activité indépendante* et entreprise personnelle ».

L'indépendance rassemble toutes les formes de travail qui s'exercent sous une gouverne contractuelle autre que celle propre au contrat de travail, avec les caractéristiques qui ont déjà été exposées. Or il n'existe pas à proprement parler un droit de l'indépendance. Il existe seulement des situations d'indépendance ignorées ou au mieux réglées en tout ou partie par le droit. Aucune uniformité ne prévaut, seules la diversité et la confusion règnent.

Il existe des mécanismes tels que l'assimilation, la présomption, l'intervention de lois spéciales pour réglementer une profession par exemple, ou encore le silence. Dans d'autres cas, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie prévaut mais n'apporte pas toujours des solutions heureuses¹⁰⁷. La variété de l'oeuvre législative demeure cependant éminemment relative tant du point de vue du pays étudié que du sujet abordé.

Il demeure que cette relation que l'on qualifie de non salariée dépendante semble répondre à des règles. C'est la raison pour laquelle à **la base de cette recherche on pose l'hypothèse de l'existence d'un droit de la dépendance.**

À travers le terme dépendance, il semble possible de saisir la réalité contemporaine du travail, tout en l'inscrivant dans la même démarche philosophique et sociale qui a animé la naissance du droit du travail au XIX^e siècle et qui semble aujourd'hui faillir.

L'hypothèse ainsi formulée vise à démontrer l'apparition du contrat de dépendance comme troisième catégorie juridique autonome, entre celle du contrat de travail et du contrat d'entreprise. La relation que l'on qualifie de non salariée dépendante semble répondre à différentes logiques et règles peu maîtrisées. Pour autant, la méconnaissance ne saurait

¹⁰⁶ J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, op. cit., note 13., p. 210, § 140. (En italique dans le texte).

¹⁰⁷ Supra.

justifier l'inexistence de principes dotés d'une certaine cohérence. C'est cet effort de systématisation que l'on se propose de réaliser de façon à contribuer à une meilleure connaissance de cette zone de dépendance non salariée.

Pour analyser cette réalité émergente, les travaux que nous allons mener vont s'inscrire dans la même veine que ceux menés par Virassamy et Revet. Toutefois il est clair que la perspective comparée apportera un éclairage tout à fait nouveau sur ces questions. Les subtilités introduites dans le droit du travail français pour prendre en compte différents statuts de travail ne sont pas transposables ni même identiques à celles que connaît le droit canadien. Ni l'un ni l'autre ne semblent être au bout des difficultés qu'engendre l'émergence des nouvelles formes de travail tant en ce qui concerne leur statut juridique, que les régimes qui leur sont applicables, tant d'un point de vue des rapports individuels que collectifs. En ce sens, les impasses qui peuvent se rencontrer ça et là, dans un régime juridique national, peuvent s'inspirer de solutions dégagées d'un autre droit.

L'hypothèse si elle se confirme aura pour bienfait de définir de nouvelles frontières pour le travail dépendant. Cela n'a d'intérêt que dans la mesure où l'on sera capable de déceler des critères distinctifs porteurs d'une plus grande sécurité juridique.

En conclusion, les rapports de travail, pris au sens large, s'organisent le plus souvent autour du contrat de travail et du contrat d'entreprise. Dans un cas, l'autonomie est négociée, dans l'autre, elle est intrinsèque. Longtemps le droit a traité isolément ces deux sphères pour des raisons à la fois dogmatique et historique. Puis quand des situations intermédiaires sont apparues, les réactions, de part et d'autre de la ligne frontalière, n'ont pas tardé à se faire entendre. Il fallait cloisonner davantage chaque zone. Malheureusement, le résultat souhaité, celui d'offrir une plus grande homogénéité et cohérence de la zone, a été inverse à celui désiré. Un constat de plus en plus net s'affichait; le droit dans sa forme actuelle ne peut pas traiter cette évolution à partir des principes qui le régissent. Pour sortir de ce problème grandissant, la doctrine a répondu par trois positionnements. Pour se faire on

pourra utilement reprendre la terminologie de Robert Castel¹⁰⁸. Il y a ceux qui envisagent le redéploiement, ceux qui souhaitent une refondation et, à l'extrémité, ceux qui envisagent une révolution paradigmatique.

Nous allons reprendre successivement ces trois courants.

À la frontière de l'orthodoxie, il y a les auteurs que l'on pourrait appeler les réformateurs positivistes pacifiques. Ces derniers envisagent une réaction face à la montée des phénomènes de dépendance. Ils entendent déployer les outils existants pour remédier aux difficultés, soit déployer de nouveaux indices jurisprudentiels et légiférer pour mieux circonscrire une forme de travail problématique. Par exemple, l'insertion de la notion d'entrepreneur dépendant dans certaines législatures au Canada ou encore la création d'un régime de travail distinct pour partie du droit du travail, les Voyageurs, Représentants et Placiers en France.

À l'extrémité, le courant « fondamentaliste » réfute l'idée de pouvoir dégager des solutions du droit en vigueur. Il faut selon lui amorcer une révolution paradigmatique. Dégager des solutions à partir des données existantes n'est pas envisageable. C'est un mouvement de la pensée fondamentale dans lequel on retrouve les propositions de Boissonnat sur le contrat d'activité et, de Supiot, relativement au « droit des tirages sociaux ».

Entre les deux extrêmes, on trouve les réformateurs que l'on peut qualifier de radicaux. Loin de s'asseoir sur les outils existants, ils envisagent de nouvelles solutions, en abordant les problèmes de fond. Pour ces derniers multiplier les interventions au coup par coup accroît les sources de confusion possibles. L'absence de réflexion transversale ou de fond conduira à une révolution forcément dommageable pour la communauté. Ces auteurs envisagent de définir un nouveau sujet à partir duquel est imaginé une nouvelle trousse à outils qui lui sera destinée. L'idée est de créer un nouveau corpus, de nouvelles structures dans le système existant. Le contrat de dépendance fait partie de cette démarche. En

¹⁰⁸ Robert CASTEL, « Droit du travail : redéploiement ou refondation », (1999) 5 Droit social 438-453.

limitant la portée idéologique de leurs propositions, ils envisagent de nouvelles assises pour demain tout en respectant les bases existantes.

Bien que nous situions notre démarche dans ce dernier courant, il apparaît important de signaler que les deux autres courants sans être inutiles ou idéalistes correspondent à des phases d'évolution différentes. Le droit positif semble avoir exploré suffisamment la première étape qui consiste à dégager des solutions au cas pas cas parmi des ressources existantes pour endiguer un problème de fond. À l'inverse, il apparaît prématuré d'envisager une révolution paradigmatique. Les bases sont en cours de mutation et on ne peut que s'appuyer sur des présupposés pour demain. Bien que prématurées, pour le moment, ces propositions seront peut être envisagées dans quelques décennies. En attendant, et, même si les prémisses d'une telle révolution sont déjà à l'oeuvre, il faut, nous semble-t-il, aborder la question d'un point de vue critique, tout en apportant des solutions concrètes à un problème de fond.

En effet, émettre l'hypothèse de l'existence d'un droit de la dépendance, c'est envisager des réformes tout en se prononçant pour des changements pacifiques. Dans cette perspective, la notion de dépendance, même si elle ne comporte pas toutes les solutions aux problèmes, est un élément catalyseur pour les fondamentalistes. Elle propose une approche plus pragmatique. À tout le moins et pour les plus sceptiques, elle a le mérite d'ouvrir le débat face à l'émergence d'un nouveau paradigme.

La zone grise se présente sous une forme de dégradé entre dépendance et indépendance. Pour avoir une vision objective des formes de dépendance nous examinerons les situations de travail où les « indépendants » ont été importés en qualité de salarié dans le droit du travail (**Partie 1**), suivies de celles où le droit du travail a pu exporter certaines règles aux indépendants (**Partie 2**). Ce double mouvement nous amène à réfléchir sur la globalité du phénomène et à s'interroger sur l'existence d'un droit de la dépendance (**Partie 3**).

PARTIE 1 DE L'INDÉPENDANCE DANS LA DÉPENDANCE : PHÉNOMÈNE D'IMPORTATION DES INDÉPENDANTS EN QUALITÉ DE SALARIÉ DANS LE DROIT DU TRAVAIL

Les poussées expansionnistes du droit du travail appuyées par sa faculté d'adaptation se sont manifestées par une plus grande prise en considération des éléments caractéristiques de l'indépendance. Ces rapprochements parfois efficaces, d'autres fois artificiels, ont permis de mieux prendre en considération la dépendance de certains et tenter de la réguler au moyen de règles protectrices. Ils sont la preuve à la fois de la capacité du droit à appréhender des situations nouvelles mais aussi de ses limites. Ce rapatriement a pu être constaté à l'égard du contrat d'entreprise (**Chapitre 1**), du contrat de louage (**Chapitre 2**) mais aussi du mandat (**Chapitre 3**). Le foisonnement des exemples en la matière, en particulier à l'égard du contrat d'entreprise, obligeait à restreindre le sujet à quelques situations de travail. Trois aspects allaient guider la sélection de ces situations de travail : l'un attaché au souci de présenter cette réalité à travers diverses catégories contractuelles, l'autre de s'assurer d'une relative correspondance fonctionnelle de ces formes de travail d'un pays à l'autre et, enfin, veiller à la présence d'un matériel d'analyse suffisant dans chaque cas.

CHAPITRE 1 - RAPATRIEMENT DES INDÉPENDANTS DÉPENDANTS AU DÉTRIMENT DU CONTRAT D'ENTREPRISE : LES TRAVAILLEURS À DOMICILE

Alors que le travail à domicile ne présentait qu'une modalité particulière d'application du travail, il a fait l'objet d'une attention soutenue de la part du droit du travail dans les dernières décennies. Le législateur français lui a offert un régime spécifique tandis que son corollaire québécois n'est intervenu que par petites touches. On analysera les éléments qui ont justifié une intervention spéciale auprès de ces travailleurs afin de mettre en exergue la contribution du législateur à l'édification d'une zone d'indépendance dans le salariat. Sans exclure les problèmes contemporains attachés à cette forme de travail, nous tâcherons de mettre en lumière les ressorts historiques de cette intervention.

Après avoir examiné les fondements du statut de travailleur à domicile en France (**Section 1**), on se penchera sur certaines conditions de travail spécifiques qui ont été élaborées à leur intention (**Section 2**). Cette situation nous amènera sur le terrain québécois où au contraire le législateur est resté relativement impassible (**Section 3**).

Section 1 - Les fondements d'un statut pour les travailleurs à domicile en France : dépendance économique et réalisme

Deux éléments motivent l'intervention du législateur, la prise en compte de la dépendance économique de ce travailleur (§-1) et le souci d'adopter une approche réaliste face aux caractéristiques de ce travail (§-2).

§-1. *La dépendance économique comme fondement à l'élaboration d'un statut du travailleur à domicile*

La genèse du travail à domicile commence à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e. C'est une des premières formes de travail qui a suscité de la part de la population les plus fortes revendications tant les ouvriers étaient livrés à des conditions de travail et des charges de travail éhontées. Puis avec l'arrivée du machinisme on avait prédit sa disparition. En ce début du XXI^e siècle, ce mode de travail ne s'est pas éteint, au contraire, il a connu un regain d'activité mais sa nature a changé. Le machinisme et la poussée électronique qui ont suivi ont exhumé le travail à domicile de ses formes les plus primitives pour lui donner une nouvelle teneur. Par exemple le télétravail¹, bien qu'il ne soit pas une modalité de travail exclusivement réalisée à domicile, participe à accroître le nombre de travailleurs à domicile. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si en 1996 la Convention concernant le travail à domicile fut adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail. Le souci était alors « d'améliorer l'application de ces conventions [déjà existantes] (...) et de les compléter par des normes qui tiennent compte des caractéristiques propres audit travail »². Aujourd'hui :

¹ Dans le cadre des accords dans les secteurs des télécommunications et du commerce européens, les partenaires sociaux engagent des négociations en vue d'établir un cadre général pour ce type de travail, dans Commission des Communautés Européennes, L'emploi dans la société d'information - la qualité pour le changement - Exploiter la contribution de la société de l'information pour gérer le changement et améliorer la qualité des emplois, Bruxelles, Document de travail des services de la Commission, SEC 372 (2002), 46 pages, p. 33; voir pour la France, Thierry BRETON, Le télétravail en France - Situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques, coll. « Les rapports officiels », Paris, La documentation française, 1994, 283 p.

² Convention concernant le travail à domicile, C- 177, 83^e session, adoptée le 20 juin 1996, préambule; Recommandation sur le travail à domicile, R- 184, 83^e session, 1996; disponibles sur le site de l'Organisation Internationale du Travail : <http://ilolex.ilo.ch:1567/french/convdisp2.htm>. À ce jour, seuls trois pays ont ratifié cette convention : L'Albanie, la dernière en date, l'Irlande et la Finlande.

« (...) [bien que] la plupart des abus majeurs et des scandales antérieurs ont disparu (...) toutes les améliorations législatives se heurtent à une sourde résistance. (...) Ainsi subsistent encore largement les deux vices si souvent dénoncés du travail à domicile : la dépression, sinon l'avilissement du salaire et le surmenage au travail»³.

Très tôt dans l'histoire du travail, cette forme de travail a fait l'objet de décisions jurisprudentielles et législatives déterminantes dans l'évolution du droit du travail. Initialement :

« ni l'ouvrier à domicile, de l'industrie du vêtement (ouvrier appiéceur), travaillant pour divers maîtres tailleurs, dans des conditions d'indépendance qui ne permettent pas, même s'il ne fournit que sa main-d'œuvre, de considérer la rémunération qu'il reçoit contre remise du travail fini comme un salaire, mais comme un prix de façon, (...) ni même l'ouvrière canneuse de chaises travaillant à domicile pour une seule maison, mais à ses heures, avec le concours d'auxiliaires librement choisis, et en dehors de tout contrôle »⁴ [ne sont classés dans la catégorie des assurés obligatoires] ⁵.

Le travail à domicile appelait l'intervention rapide du législateur car transitait à travers cette modalité d'emploi, les formes les plus odieuses de l'exploitation du travail humain dont les femmes et les enfants étaient souvent victimes. Au début du XX^e siècle⁶, ce type de travail occupait une partie importante de la population active. Le travail était par définition isolé, ce qui rendait difficile la mise en place d'une solidarité professionnelle. Les donneurs d'ouvrage pouvaient imposer sans aucune crainte des salaires très bas et accélérer le phénomène d'exploitation. Cette situation fut stigmatisée et qualifiée par le terme anglo-saxon « sweating system », principalement pour désigner ce qui se

³ Charles FREYRIA et Danielle CORRIGNAN-CARSIN, Répertoire Travail, Dalloz, v° Travail à domicile, p. 7, § 56.

⁴ Tbal. Saint-Étienne, 27 août 1931, Tbal.de Belley 24 oct. 1931, Tbal. civ. de Lyon, (1931) II D. H. 113 et suiv. (note de Paul PIC).

⁵ À l'époque la Loi sur les assurances sociales (L. 5 avril 1928-30, 30 avril 1930, art. 2 § 4-5) retenait le lien de subordination juridique pour déterminer les bénéficiaires des assurances et excluait par conséquent les travailleurs à domicile. Il faudra attendre le Décret-loi de 28 octobre 1935 pour que leur soit accordé le bénéfice des assurances sociales.

déroulait dans l'industrie du vêtement. Au cœur du mécontentement ouvrier se trouvait la question des salaires et l'absence « de syndicats professionnels »⁷.

C'est dans un tel contexte qu'une première intervention législative française fut entreprise afin d'assurer une certaine protection à ces travailleurs mais doublement circonscrite dans son objet et son champ d'application. Puis le texte fut révisé pour s'appliquer à des situations de plus en plus larges en dépit de la résistance prétorienne.

Le texte de 1915 s'intéresse aux seules ouvrières du vêtement à domicile⁸. Il fixe une rémunération minimum et instaure un mécanisme de parité des salaires entre le travailleur à domicile et en atelier ce qui conduit à estomper le trait distinctif fondé sur le lieu d'exécution. Progressivement, le cadre de la législation de 1915 va s'étendre au profit d'un nombre plus important de bénéficiaires et leur accorder les mécanismes de protection sociale. Cette évolution législative était nécessaire. Les tribunaux cramponnés à un critère de subordination juridique, défini au sens strict, refusaient d'incorporer le travailleur à domicile dans un statut plus protecteur et ce, malgré l'originalité des conditions d'exécution du travail⁹. De plus, la Haute cour ne manqua pas de rappeler la portée circonscrite de la loi de 1915 et veilla personnellement à désamorcer toute velléité en faveur d'une extension des mécanismes sociaux de protection largement étendus aux salariés ordinaires. Dans ce contexte, elle repoussa toute proposition en faveur de la détermination du travailleur à

⁶ Les célèbres émeutes à Lyon (canuts –tisseurs) datent cependant du milieu du XIX^e siècle.

⁷ André BRUN, Henri GALLAND, Droit du travail, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p., p. 461; Chantal REY, Le travail à domicile, Paris, Avis examiné par le Conseil économique et social adopté au cours de sa séance du 10 février 1999, 224 pages, p. 5 et suiv.; Jean PÉLISSIER, Alain SUPLOT et Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, 21^e éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1337 p., p. 214, § 143.

⁸ Loi du 10 juillet 1915.

⁹ « En ce qui concerne les ouvriers à domicile travaillant pour plusieurs ou même pour une seule maison c'est d'après les modalités d'exécution du travail qu'il y a lieu de décider si le travailleur est un simple salarié, placé sous le contrôle et la subordination directe de l'employeur, ou un entrepreneur d'ouvrage, jouissant d'une certaine autonomie (...) », dans Tbal. Saint-Étienne, 27 août 1931, Tbal. de Belley 24 oct. 1931, Tbal. civ. Lyon, D. H. 1931, II, 113 (note de Paul PIC).

domicile selon le critérium de la dépendance économique¹⁰. Paul Cuche¹¹ soulignait alors avec dépit :

« [d]ans l'œuvre de la production ce n'est plus la solidarité qu'il faut prendre en considération mais la hiérarchie c'est à elle que tout doit être rattaché. L'employeur a des devoirs envers le travail, non point parce qu'il en profite, mais parce qu'il le commande. »

En réaction à cette position prétorienne, l'évolution législative se déroula en deux étapes. En premier lieu, le champ d'application de la loi s'est étendu¹² aux domaines parents du vêtement comme la maroquinerie pour aboutir à une nouvelle loi en 1941. En second lieu, la loi de 1957 posera les axes de la législation contemporaine. Mais avant de présenter le contenu de cette loi, il est important de replacer ici le contexte doctrinal et jurisprudentiel de l'époque, contexte qui permettra de mieux saisir la portée des changements.

Les années trente sont, en effet, marquées par une forte tension doctrinale entre, d'une part, le caractère obtus des décisions de la Cour de cassation qui « (...) ne saurait en l'état actuel de notre législation, servir de critérium [la dépendance économique] pour

¹⁰ « Mais attendu que la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie. » Cass. civ. 6 juil. 1931, (1931) I D.H. 123 (note de Paul Pic).

¹¹ Paul CUCHE, « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », (1932) 30 Dalloz Chr., 104.

¹² L'art. 33 de la loi de 1915 prévoyait la possibilité pour le gouvernement d'étendre le bénéfice de cette loi à d'autres secteurs, c'est ainsi par voie de décret que la loi fut étendue aux ouvrières de l'accessoire, de la maroquinerie, de la vannerie, de l'emballage, du tissage de soie et de la rayonne, puis en 1928, une loi vint à étendre le bénéfice de la législation aux ouvriers du sexe masculin pour le même type d'activité professionnelle, (1929) 4 D.P. 339, (voir pour un exposé exhaustif : Encyclopédie Dalloz, Travail - Travail à domicile, mise à jour périodique, p. 2 et 3, § 9-10.

déterminer les obligations que la loi met à la charge de l'employeur (...) »¹³ et, d'autre part, l'impérieuse nécessité de répondre à cette « (...) obsédante préoccupation du caractère alimentaire »¹⁴. Le Gouvernement n'hésite pas à intervenir dans le domaine des assurances sociales¹⁵ afin d'y intégrer comme bénéficiaires « (...) les personnes travaillant à domicile habituellement ou régulièrement. ». Ces événements n'amèneront pas la Cour de cassation à se pencher sur une révision des critères de définition du contrat de travail. Par contre, le gouvernement et le législateur n'hésiteront pas à garantir un minimum de protection à ces travailleurs.

La loi du 1^{er} août 1941 innove puisqu'elle écarte la notion de subordination juridique comme condition au bénéfice des congés payés et des allocations familiales. En pratique, cette intervention législative n'engendra pas les effets escomptés. Une autre intervention sera nécessaire : la loi du 26 juillet 1957¹⁶. Elle crée un nouveau statut destiné aux travailleurs à domicile, qui se trouve aux articles L. 721-1 et suivants du Code du travail. Deux axes simples sont proposés. Le travailleur à domicile est bénéficiaire d'un statut de salarié de droit commun, et ce, quel que soit l'intensité avec laquelle il assume ce travail de façon occasionnelle ou non.

Le texte accorde des conditions positives nécessaires à l'application du statut¹⁷ et soumet une série de situations auxquelles le juge doit rester insensible. Par exemple, peu importe qu'il y ait **pluralité ou non de donneurs d'ouvrage**¹⁸, la qualité de travailleur à domicile est accordée à celui qui exécute un travail qui lui **est confié soit directement, soit**

¹³ Cass. civ. 22 juin 1932 (trois arrêts); Cass. civ. 30 juin 1932; Cass. civ. 1^{er} août 1933, (1933) I D.P. 145 (note de Pic) (le contenu des parenthèses est notre ajout).

¹⁴ P. CUCHE, loc. cit., note 11, 113. La doctrine amorçait progressivement des critiques à l'égard du critère de détermination du travailleur à domicile tantôt soumis au droit du travail tantôt ne répondant que des règles du contrat d'entreprise au gré des décisions.

¹⁵ Décret loi du 28 octobre 1935, (1935) 4 D.P. 492.

¹⁶ Loi n° 57-834 du 26 juillet 1957 modifiant le statut des travailleurs à domicile (1957) D. 228.

¹⁷ Art. L. 721-1 al.1.

¹⁸ Art. L. 721-1.1^e.

par un intermédiaire. Il peut travailler **soit seul**, soit avec son conjoint ou avec leurs enfants à charge, ou **avec un auxiliaire**¹⁹. Enfin, le législateur prévoit « qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il « existe entre eux et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique »²⁰. Le rapport accompagnant la présentation du texte précisait que **l'exigence du lien de subordination doit être exclue**, compte tenu des conditions de faits dans lesquelles les travaux à domicile se déroulent. Les dispositions du Code précisent de nouveau que peu importe s'ils travaillent sous la surveillance immédiate ou habituelle du donneur d'ouvrage. Puis, comme pour s'assurer de cet énoncé général, le législateur repousse les uns après les autres les indices qui ordinairement servent à éconduire le demandeur du statut de salarié. Il rend inutile la recherche de propriété des moyens de production de même que celle des outils ou encore le nombre d'heures effectuées. Dans ce cadre, « Les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés » (art. L. 721-6). C'est aussi en considération de sa faiblesse face à l'employeur qu'il autorise le syndicat à agir « (...) aux lieu et place d'un de ses membres travailleur à domicile (L. 721-19) »²¹ pour ester en justice; règle dérogatoire au principe de « nul plaide par procureur » qui prévaut en France y compris en contexte de rapport collectif de travail. Dans cette rédaction originale, la doctrine y voit « (...) la reconstitution historique des errements relatifs à la définition du travailleur à domicile d'une manière toute à la fois négative et positive »²².

Si l'on regarde attentivement les éléments de motivation qui ont présidé à l'élaboration du cadre législatif des travailleurs à domicile, il ne fait aucun doute **que la dépendance économique** est à la base de l'édification de ce statut. La volonté prioritaire d'accorder une parité entre les travailleurs en atelier et ceux à domicile, l'importance accordée aux éléments de fait ainsi que le rejet explicite du lien de subordination juridique

¹⁹ Art. L. 721-1 2^e.

²⁰ Art. L. 721-1 § 2 al.1.

²¹ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 7, p. 665, § 569.

²² C. FREYRIA, D. CORRIGNAN-CARSIN, *op. cit.*, note 3, p. 4 § 26.

et d'autres critères exclus comme éléments nécessaires à l'octroi du statut sont autant de révélateurs incontestables de cette orientation.

Que reste-t-il donc de ce lien de subordination juridique défini classiquement lorsqu'il n'est pas requis? Peu de choses, hormis un objectif bien visible, celui d'accorder un éventail de protections à ces travailleurs. L'expérience législative des travailleurs à domicile montre une volonté clairement affichée **de s'affranchir d'un critère juridique trop formel**, qui déconnecté de la réalité ne prend plus en considération la dépendance économique de ces travailleurs. Le principe du **réalisme prévaut** :

« [E]lle [la loi du 1^{er} août 1941] tient compte, moins de la nature juridique du contrat qui le lie à l'employeur, que des conditions de faits dans lesquelles le travail est exécuté et qui sont telles que la situation **économique** de cet ouvrier n'est pas différente de celle du salarié. »²³.

C'est donc la situation économique du travailleur qui est analysée de façon pragmatique. Corrélativement, le lien contractuel n'inspire aucune confiance, sauf la certitude de ne pas s'arrêter à la dénomination donnée par les parties au contrat²⁴. D'ailleurs, le législateur n'hésite pas à prévenir toute forme d'incursion interprétative en défaveur d'une protection adéquate de ces travailleurs. Il en rejette par anticipation les critères couramment employés pour opposer le statut de travailleur indépendant au statut de travailleur salarié. Il est clair qu'une telle intervention législative supprime une partie importante des travailleurs titulaires d'un contrat d'entreprise. Elle peut ainsi donner corps aux craintes contemporaines de Philippe Delebecque « (...) que si l'on se contente de l'existence d'une « situation de dépendance économique » (...), le contrat d'entreprise risque - à tort - de se réduire à une peau de chagrin. »²⁵.

²³ Rapport de la loi du 1^{er} août 1941, D. 1941 437, cité par, Id., p. 7, § 64.

²⁴ Art 12 N.C.P.C.

²⁵ Philippe DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, coll. « Connaissance du droit », Paris, éd. Dalloz, 1993, p. 13.

D'un point de vue théorique, il est intéressant de noter que les fondements du régime protecteur du travailleur à domicile s'appuient sur leur situation économique en majorité. L'objectif du législateur fut clairement d'écarter la tendance jurisprudentielle du moment pour appuyer la « thèse de la dépendance économique »²⁶ et de rejeter ostensiblement la recherche d'un lien de subordination juridique. Jean-Pierre Crom parlera alors de « l'intrication de la subordination juridique et de la dépendance économique »²⁷. L'intervention du législateur français a eu pour objectif de rétablir ce déséquilibre et de rapatrier les travailleurs à domicile dans le giron du droit du **travail malgré leur dépendance imparfaite**. C'est en ce sens que la Commission européenne²⁸ a invité en 1998 les États membres de l'Union européenne à ratifier la Convention de l'O.I.T. n° 177 sur le travail à domicile dans laquelle le principe de parité de traitement entre les salariés et ces travailleurs est affirmé. Dans le même esprit de justice, le télétravailleur, qu'il soit considéré comme travailleur salarié ou travailleur à domicile, doit disposer des mêmes droits²⁹. Ce souci de réalisme est aussi manifeste dans le traitement des caractéristiques de ce travail.

²⁶ Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Biblio. de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p.185, § 173.

²⁷ Jean-Pierre CHAUCHARD, Anne-Chantal HARDY-DUBERNET (dir.), Les métamorphoses de la subordination – Analyse juridique et sociologique des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail, Nantes, Maison des sciences de l'Homme Ange Gépín, Laboratoire droit et changement social, Centre nantais de sociologie, Laboratoire Georges Friedman, novembre 2002, 347 pages, p. 61.

²⁸ J.O. L. 165 du 10/1/1998 (1998) 10/11 Bulletin de l'Union Européenne - Emploi et Politique Sociale.

²⁹ Art. 4 de l'Accord cadre européen sur le télétravail, Bruxelles, 16/07/2002.

§-2. *Le principe de la réalité : les éléments distinctifs du travailleur à domicile*

Le législateur fait preuve d'un réalisme surprenant dans son intervention. La nécessité d'une protection juridique de ces travailleurs surpasse largement la cohérence attachée à une définition limitative ou restrictive du contrat de travail.

« Le statut du travailleur ne dépendra plus du choix par les parties de tel type de convention dûment qualifiée par elle, de contrat de travail ou au contraire entreprise, mais des conditions strictement objectives dans lesquelles s'exerce l'activité professionnelle, à domicile, seul ou avec des concours limités, au profit d'un chef d'entreprise procurant des matières premières. »³⁰

Le statut de travailleur à domicile rompt en effet avec plusieurs caractéristiques contractuelles qui relèvent davantage du contrat de travail; il travaille pour le compte d'un ou plusieurs donneurs d'ordre (1), obtient une rémunération forfaitaire (2), peut occasionnellement se faire aider (3) sans compter qu'il n'est nullement nécessaire de rechercher un lien de subordination juridique (4).

*(1) Un travail pour le compte
d'un donneur d'ouvrage ou de
plusieurs*

Le travailleur à domicile bénéficie du statut de salarié alors même que cette activité reste occasionnelle et quelle qu'en soit sa nature (a), qu'elle soit exercée pour un ou pour

³⁰ Gérard LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, L.G.D.J., 1955, 458 p., p. 183.

plusieurs employeurs **(b)**. On entrevoit dès lors tout le chemin parcouru entre le statut de travailleur salarié de droit commun et ce dernier.

(a) Une activité physique ou intellectuelle, régulière ou occasionnelle

Le travail à domicile peut être envisagé sous différentes formes, manuel ou bien intellectuel. Il peut également s'offrir occasionnellement ou avec une régularité soutenue. La panoplie de modalités d'exercice du travail à domicile, le législateur et la jurisprudence n'en font pas de cas. L'objectif est d'accorder une protection à ces travailleurs dépendants. Tout d'abord, en ce qui a trait à la fréquence du travail à domicile, le législateur précise³¹ :

« (...) il n'y a pas lieu de rechercher : (...) - le nombre d'heures effectuées (...). »³²

« Est soumis aux dispositions du présent chapitre tout chef d'établissement intéressé (...) qui occupe, régulièrement ou non, un ou plusieurs travailleurs à domicile. (...) »

Voici deux indices qui permettent une interprétation large quant au champ d'application du statut. Alors que la législation précédente discriminait l'attribution du statut en fonction de la fréquence du recours à cette modalité de travail, le législateur de 1957 lève cette limite et entend considérer et accorder largement l'attribution du statut de travailleur à domicile. Ainsi peu importe la fréquence³³, la durée³⁴, l'intensité ou la

³¹ Art. L. 721-4.

³² Art L. 721-1 al. 2.

³³ Peu importe si le travail est récurrent.

³⁴ Peu importe si le travail est à temps plein, partiel ou occasionnel.

régularité du travail³⁵, en tout temps le statut protecteur s'applique et l'employeur est tenu aux obligations sous-jacentes à l'octroi de ce statut. Mais au-delà des questions relatives à la fréquence du travail effectué, la question se posait quant à la nature du travail à domicile, se devait-il d'être seulement manuel?

La Cour de cassation³⁶ à cet égard est intervenue très tôt pour inclure **le travail intellectuel** dans cette zone protectrice :

« Attendu que sans rechercher s'il existait ou non un lien de subordination juridique, les juges du fond ont décidé que Dame Bouillard, qui exécutait des travaux de dactylographie (...) au motif essentiel qu[e] (...) la dactylographie intermittente de notes et de courrier assurée par Dame Bouillard, sans initiative rédactionnelle ne constituait pas de sa part une participation à un ouvrage inséré dans le cycle professionnel d'activité du client et susceptible par lui d'exploitation financière puisqu'elle n'accomplissait pas une transformation des matières premières confiées par le donneur d'ouvrage (...) a ajouté au texte une exigence qui ne figure pas, et n'a pas donné de base légale à sa décision. ».

Ainsi dans les années 70 et 80, Gérard Lyon-Caen³⁷ relate que les tribunaux ont été largement saisis de la question et ont octroyé ce statut à différentes professions qui jusque-là gonflaient les rangs des indépendants. Il en a été ainsi des copistes de musique, des traducteurs, des correcteurs, des dessinateurs et des rédacteurs³⁸. Compte tenu de la finalité du texte, on aurait pu douter que le travail intellectuel puisse à cause de l'indépendance technique qu'il revêt échapper au statut de travailleur à domicile. Mais il n'en fait pas ainsi sauf lorsque ce travailleur se comportait comme un véritable travailleur indépendant, à savoir facturer lui-même ses travaux, négocier le prix avec le donneur d'ouvrage. En

³⁵ Peu importe si le travail est épisodique, ponctuel ou régulier.

³⁶ Cass. soc. 10 janv. 1968, (1968) D., 492 (note de J. Minjoz).

³⁷ G. LYON-CAEN, op. cit., note 30, p. 46.

³⁸ Mais l'assimilation au salariat demeure délicate pour le travailleur qui effectue différents travaux pour le compte de plusieurs établissements ou de plusieurs clients; voir à ce propos, Catherine PUIGELIER, J.-Cl. Traité travail, fasc. 17-1, v° Salariat, p. 16, § 94.

conséquence, peu importe la nature du travail effectué à domicile, qu'il soit manuel ou intellectuel, ce n'est pas un critère discriminant.

Mais aujourd'hui eu égard au développement du télétravail³⁹, le texte 1957 ne connaîtrait-il pas alors un regain d'activité? Ce n'est pas là l'opinion de Jean-Emmanuel Ray qui souligne que l'attribution du statut de travailleur à domicile est « rarissime *de facto* aujourd'hui, autant pour des raisons de méconnaissance de ce statut dévalorisé que d'image de soi ou de l'entreprise »⁴⁰. Il reste que ce statut demeure disponible dans le cadre du télétravail mais à certaines conditions. Encore faut-il que les télétravailleurs répondent aux conditions énumérées à l'article L. 721-1 du Code du travail. Or tous ne remplissent pas ces conditions. Ils peuvent tout autant revêtir le statut de travailleur salarié de droit commun, ce qu'ils sont en grande majorité d'ailleurs⁴¹, ou bien de travailleur indépendant. Dans cette perspective, il agit comme tel, il facture lui-même ses travaux, négocie le prix avec le donneur d'ouvrage, refuse des contrats, fixe les délais et assume les risques de son entreprise⁴². Par exemple, le correcteur de copies⁴³ d'examen a été considéré par la

³⁹ Voir au sujet de la situation et des perspectives de développement du télétravail et d'un survol de la question d'un point de vue juridique sur le sujet le rapport de T. BRETON, *op. cit.*, note 1, p. 177 et suiv.; Jean-Emmanuel RAY, *Le droit du travail à l'épreuve des N.T.I.C.*, coll. « Droit vivant », Rueil-Malmaison, éd. Liaisons, 2001, 247 p.; Clarisse FABRE, Frank NIEDERCORN, « Les enjeux du télétravail », (1996) Nov., *Liaisons sociales* 49-52 (Italique dans le texte).

⁴⁰ *Id.*, p. 58.

⁴¹ *Id.*

⁴² Pendant un temps au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi Madelin en date du 11 février 1994 on avait cru qu'en forçant ces travailleurs à l'immatriculation (au Registre du Commerce et des Sociétés « R.C.S. »), ces derniers échapperaient aux dispositions du Code de même que serait écartée leur affiliation au régime de sécurité sociale. Rappelons-le, la Loi de 1994 (*J.O.* 13 fév. 1994) avait établi une présomption de non-salariat pour les personnes physiques ayant fait l'objet d'une immatriculation. Toutefois, la loi du 19 janvier 2000 (*J.O.* 20 janv. 2000, art. 34) a fait disparaître en grande partie cette présomption. Il est certain que la situation juridique entre 1994-2000 et ce nonobstant la résistance des tribunaux à emboîter le pas dicté par le législateur, pouvait offrir la voie royale au détournement de la protection sociale instituée par le législateur en 1957.

⁴³ Cass. soc. 23 nov. 1978

jurisprudence comme un travailleur à domicile de même que le dessinateur de revues dans la mesure où il agit dans un cadre délimité par le donneur d'ouvrage c'est-à-dire lorsque ce dernier détermine le thème du dessin, la dimension de l'oeuvre et le délai d'exécution⁴⁴. Par contre, le créateur, le dessinateur ou l'écrivain qui agit au gré de sa fantaisie, sans scénario, maquette ou esquisse, en dehors d'un cadre prédéfini, sera considéré comme un travailleur autonome. Dans le cadre du télétravail, le contrôle exercé par l'employeur à l'aide de moyens électroniques, la « laisse électronique »⁴⁵, est réelle. Les périodes de télétravail et de travail en entreprise s'effectuent en alternance⁴⁶ avec le domicile et l'entreprise ce qui le plus souvent conduit à retenir un statut de salarié de droit commun pour ces télétravailleurs. Les modalités d'exécution du travail restent alors déterminantes pour l'octroi d'un statut puisqu'en ce domaine la jurisprudence fait preuve d'un certain réalisme.

(b) Un ou des donneurs
d'ouvrage, une pluralité
d'employeurs

L'article L. 721-1 prévoit que le travailleur à domicile peut travailler pour le compte d'un ou de plusieurs établissements. Cette notion d'établissement est largement définie dans le texte de loi à l'article L. 721-4. Il doit s'agir d'un ensemble organisé destiné à la production, selon la jurisprudence et la doctrine. Ainsi la pluralité des donneurs d'ouvrage

⁴⁴ Cass. soc. 27 oct. 1976, Bull. civ. V, n° 533.

⁴⁵ Christophe RADÉ, « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », (2002) Droit social 26-36, 31.

⁴⁶ « Ainsi du télétravailleur à temps partiel, salarié pour 15 heures par semaine : il peut exercer par ailleurs mais toujours de chez lui, une autre activité de création comme indépendant et être immatriculé comme tel. Il peut ainsi bénéficier du régime juridique du travailleur à domicile pour d'autres travaux pour lesquels il est payé forfaitairement par une troisième entreprise. », dans J.-E. RAY, op. cit., note 39, p. 58.

n'exclut pas la protection attribuée au travailleur à domicile et ce malgré le fait qu'il travaille souvent pour plusieurs établissements qui auront besoin de ses services « en période d'insuffisance »⁴⁷ de ressources. Il reste essentiel pour l'attribution du statut que la réalisation du travail soit commandée par le donneur d'ouvrage.

Cette dernière proposition exclut par conséquent, la qualité de travailleur à domicile au professionnel qui travaille directement pour le consommateur ou pour un particulier. Dans ce cadre le travailleur sera considéré comme un travailleur indépendant ou un artisan. Ainsi, la Cour de cassation a consacré le statut de travailleuse à domicile à une tapissière qui recevait :

« (...) une rémunération forfaitaire calculée sur la base d'un tarif fixé annuellement par voie d'accord conclu à l'avance entre les parties, la cour d'appel, hors toute dénaturation, a fait ressortir (...) qu'il n'était pas établi qu'elle avait une clientèle privée. [Et] (...) qu'il importait peu que Mme Costantini ait fourni ses prestations à des entreprises concurrentes de celles de la société (...) »⁴⁸.

Malgré cette opportunité laissée au travailleur à domicile d'œuvrer pour plusieurs donneurs d'ouvrage, le législateur est resté conscient de la vulnérabilité de ce dernier, en particulier du point de vue de sa dépendance économique.

(2) Une rémunération à caractère forfaitaire⁴⁹

Historiquement, cette question est à l'origine des premières revendications protectrices des travailleurs à domicile⁵⁰ :

⁴⁷ Cass. soc. 27 oct. 1976, Bull. civ. V, n° 533.

⁴⁸ Cass. soc. 5 janv. 1995, n° du pourvoi 91-41174, publié (1995) I J.C.P. éd. G. 3899, (obs. B. Teyssier).

⁴⁹ La mention « forfaitaire » ne présente aujourd'hui plus d'intérêt.

⁵⁰ Loi de 1915.

« (...) les prix de façon applicables au travail à domicile doivent être calculés de façon à permettre à un travailleur d'habileté moyenne de gagner, pendant toute la durée légale du travail, au moins le salaire minimum déterminé pour la profession et pour la région compte tenu des frais d'ateliers. ».

L'objectif était d'assurer **la parité** entre le travailleur qui exerçait en atelier et celui à domicile à qualification et temps de travail égaux, ainsi que d'introduire une rémunération forfaitaire déterminable à l'avance⁵¹. Cela ne « (...) signifie pas que le montant est aléatoire et déconnecté de la réalité économique et sociale : il doit être tenu compte de la durée du travail et de son coût. »⁵². Autre élément significatif de la rémunération, seul le produit est en cause et non son utilité ou sa valeur relative au marché. On rejoint alors le développement qui précède. Il importe que le travailleur à domicile exerce ainsi son activité pour le compte d'un donneur d'ouvrage et non pour une clientèle privée : « travailler pour un établissement, c'est entrer dans un circuit de production où l'employeur s'interpose entre le travailleur et le marché »⁵³. Ainsi, la Cour de cassation décide que le travail de traduction, payé au mot constitue un travail à forfait : « peu importe que l'activité (...) n'ait été exercée exclusivement au profit du cabinet (...), dès lors qu'il n'était pas soutenu qu'elle avait travaillé pour une clientèle privée. »⁵⁴. Mais, la qualité de travailleur à domicile a été refusée à l'illustrateur qui malgré une rémunération forfaitaire versée par la maison d'édition se réservait le droit de refuser les planches proposées par ce dernier sur le thème avancé par la maison⁵⁵.

Par conséquent, **la non-maîtrise du marché** auquel est dévolu le bien produit par le travailleur à domicile reste un point central dans l'affirmation de sa dépendance économique. Ce dernier **reste captif du donneur d'ouvrage** pour écouler le bien ou le

⁵¹ Cass. soc. 27 juin 1997, n° du pourvoi 95-43124 (inédit).

⁵² C. REY *op. cit.*, note 7, p. 14.

⁵³ T. REVET, *loc. cit.*, note 26, p. 187.

⁵⁴ Cass. soc. 2 juin 1981, n° du pourvoi 80-10084.

⁵⁵ Cass. soc. 21 janv. 1978, n° du pourvoi 79-12795.

service qu'il offre. À l'inverse, l'accès direct au marché le prive de ce statut. Autre point particulier, le travail à domicile n'exclut pas une aide dans l'exécution du travail.

*(3) Une exécution pas
toujours personnelle*

Tout portait à croire que le travailleur à domicile pour demeurer bénéficiaire de la protection sociale du salarié devait exercer personnellement sa prestation de travail. Or, le législateur a repoussé une nouvelle fois l'image du travailleur salarié de droit commun⁵⁶ et fait prédominer l'observation des conditions de travail chez ces travailleurs qui n'hésitent pas à se faire **aider occasionnellement**. Le caractère *intuitu personae* n'est donc pas requis en l'espèce et le travailleur pourra à loisir se faire aider de son conjoint ou bien de ses enfants à charge⁵⁷ et « utiliser le concours d'un auxiliaire »⁵⁸.

« (...) une rémunération forfaitaire calculée sur la base d'un tarif fixé annuellement par voie d'accord conclu à l'avance entre les parties, la cour d'appel, hors toute dénaturation, a fait ressortir que Mme Costantini n'avait que de façon occasionnelle eu recours aux services de sa mère ou de personnes extérieures [en faisant sous-traiter son travail] (...) »⁵⁹.

⁵⁶ Sauf, si le travailleur à domicile, exerce sa prestation dans un endroit non isolé, où sont réunis plusieurs travailleurs à domicile, « pour exécuter des tâches complémentaires les unes des autres, confère à ces travailleurs la qualité d'ouvriers en atelier » art. L. 721-3.

⁵⁷ Art. L. 721-1 2° Ainsi a été considéré que le travailleur à domicile ne perd pas cette qualité lorsqu'il a recours de façon occasionnelle aux services de sa mère ou de personnes extérieures, dans Cass. soc. 5 janv. 1995, n° du pourvoi 91-41174, publié (1995) I J.C.P. éd. G. 3899, (obs. B. Teyssier).

⁵⁸ Art. L. 721-5.

⁵⁹ Cass. soc. 5 janv. 1995, n° du pourvoi 91-41174, publié (1995) I J.C.P. éd. G. 3899, (obs. B. Teyssier).

À propos de cet arrêt, Bernard Teyssié soulignait l'interprétation non restrictive de la Cour de cassation. Elle a même accordé le maintien de ce statut lorsque le travailleur utilise les services de plusieurs auxiliaires « (...) dès lors que leur concours n'est sollicité que de manière occasionnelle (...) [il] en résulte l'élargissement non négligeable du champ du travail à domicile. »⁶⁰.

Le rapport tripartite est dès lors institué. Curieusement, on aboutit à la situation suivante : pour le donneur d'ouvrage, le travailleur à domicile est un salarié, certes, aux caractéristiques particulières, mais, un salarié tout de même, tandis que vis-à-vis de l'auxiliaire, le travailleur à domicile endosse le statut d'employeur. Les conséquences attachées à cette relation tripartite emportent l'application des mécanismes de garantie en paiement de salaire propre à la sous-entreprise en plus d'exiger l'imposition des obligations inhérentes rattachées au statut d'employeur. Ainsi, en cas d'insolvabilité de la part du travailleur à domicile, l'auxiliaire par un mécanisme similaire à l'action directe peut réclamer le paiement des salaires, des congés et des cotisations dus au donneur d'ouvrage. Il s'assure ainsi une garantie contre l'insolvabilité du travailleur à domicile devenu temporairement employeur⁶¹. Toutefois, l'originalité du mécanisme doit être relativisée dans la mesure où le législateur n'a pas entendu étendre la protection du travailleur à domicile lorsque ce dernier utilise de façon régulière les aides. En effet, un recours systématique aux aides laisserait entendre qu'une spéculation sur le fruit du travail de la main d'œuvre employée est effectuée, ce qui ôte, par conséquent, la logique de protection instituée par le législateur. Le texte prévoit aussi par exception légale que le travailleur peut oeuvrer avec son conjoint ou bien avec ses enfants à charge ou encore avec un auxiliaire. Les **conditions sont donc alternatives** et le concours non occasionnel de ces aides fait perdre au travailleur à domicile son statut protecteur.

⁶⁰ Id.

⁶¹ Art. L. 721-5.

Le statut de travail conféré aux travailleurs à domicile en France comporte plusieurs mécanismes originaux d'adaptation. Leur état de dépendance économique a donné naissance à un statut de travail capable de juguler pour partie le déficit social dans lequel il aurait pu sombrer faute de perspective réaliste. Cette analyse est corroborée par l'examen de la nature du lien de subordination juridique de ce travailleur.

*(4) Un lien de subordination
juridique introuvable*

Cette forme de travail a mis en déroute le critère traditionnel du lien de subordination juridique, incapable de saisir adéquatement une forme de travail qui rompait résolument avec l'image du travailleur salarié de l'époque. L'éloignement du cadre de production habituel et de la main autoritaire de l'employeur posait une série de difficultés auquel le législateur a répondu :

« [i]l n'y a (...) pas lieu de rechercher : (...) s'il existe entre eux et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique. »⁶²

Par exemple, le correcteur de devoirs par correspondance⁶³ qui effectue ce travail de façon accessoire et en toute indépendance et dont les conditions de rémunération varient en fonction des copies corrigées est un travailleur à domicile **sans qu'il soit nécessaire d'exiger l'existence d'un lien de subordination juridique.**

⁶² Art. L. 721-1-2°.

⁶³ Cass. soc. 14 déc. 1983, n° du pourvoi 82-15519, Bull. n° 620.

Comment peut-on expliquer le rejet exprès du critère classique de détermination du contrat de travail? Cette exclusion semble clairement ouvrir la voie au critère de dépendance économique comme élément décisif à l'attribution d'un statut protecteur?

Selon Thierry Revet⁶⁴, la première intervention législative, soit la loi de 1915, avait moins pour but l'assimilation des travailleurs à domicile que l'utilisation du statut de salarié comme étalon. Plus tard, compte tenu du contexte jurisprudentiel, la motivation du législateur était de mettre un terme aux nombreuses hésitations et aux aléas entourant la qualification juridique de ces travailleurs. Cette intervention réactive est interprétée par l'auteur davantage comme la **volonté de dispenser la recherche que le rejet du lien de subordination juridique. Il s'agirait de recréer un rapport de subordination propre à l'activité concernée à partir de la réunion de plusieurs conditions spécifiques à ce type de travail.** Une fois réunis, ces critères permettraient de reconstituer une apparence réelle de « subordination juridique ». Cette remarque nous amène une nouvelle fois à souligner le pragmatisme dont a fait preuve le législateur.

Il est certain que le travail à domicile comprend des caractéristiques inédites par rapport au travail salarié tel que classiquement identifié. Dans ces circonstances, il apparaît normal d'introduire une « béquille » législative pour tenter d'accorder un régime de protection aux situations de fait.

Plus fondamentalement nous sommes d'avis que le législateur fait plus que suppléer à « l'absence prévisible de surveillance immédiate (...) par des indices *ad hoc* », il pallie le besoin d'une protection sociale rendue nécessaire par les conditions de fait, par les conditions objectives⁶⁵.

⁶⁴ T. REVET, *loc. cit.*, note 26, p. 184 et suiv.

⁶⁵ « [e]n se référant à la notion de relation de travail, le législateur retient en fait la notion de dépendance économique », dans C. FREYRIA, D. CORRIGNAN-CARSIN *Répertoire Travail*, *op. cit.*, note 3. p. 7, § 64.

Thierry Revet a certes démontré, comme précisé plus tôt, que la démarche adoptée « (...) naît de la réunion de conditions particulières, dont la caractéristique est d'être spécialement élaborée en fonction de l'activité que le législateur souhaite intégrer dans le domaine du contrat de travail (...)»⁶⁶ et que c'est la réunion de « conditions spécifiques » qui créent un véritable lien de subordination juridique. Si l'intervention législative se résume à cette équation, quel est alors l'objet de l'intervention législative sinon de faciliter l'établissement de ce lien? Certes, on peut avec Thierry Revet admettre que certaines modalités de travail rendent moins aisées la qualification et que l'intervention législative s'avère nécessaire⁶⁷. Mais la préoccupation alimentaire et la nécessité pressante d'octroyer à ces travailleurs un filet de protection ont été déterminantes, en particulier à cause de la forte dépendance d'une des parties au contrat.

En quelque sorte, la raison a dominé sur l'idéologie. Cette démarche va au-delà de la nécessité de l'identification de critères spéciaux liés au particularisme du travail à domicile. Elle marque **une rupture entre, d'une part, l'application de la législation du travail** et, d'autre part, la présence du contrat de travail et donc du lien de subordination juridique : « [L]a législation du travail a tendance à s'étendre bien au-delà des bornes du contrat de travail »⁶⁸, d'ailleurs en atteste les conditions de travail conférées à ce travailleur.

⁶⁶ T. REVET, loc. cit., note 26, p. 194.

⁶⁷ L'expression de l'auteur n'est-elle pas symptomatique à cet égard : « « L'essentiel n'est-il pas que la **logique fondamentale** du contrat de travail soit perceptible ? Or elle est présente dans les conditions légales : ce sont bien des pouvoirs affectant l'autonomie d'action du débiteur dont le créancier est investi. C'est pourquoi (conclue-t-il) [...] le contrat de travail s'impose nécessairement », dans id., p. 193. L'auteur l'indique sans pour autant en tirer toutes les conséquences : il s'agit davantage d'un choix logique que d'une réponse rigoureusement soutenue.

⁶⁸ G. LYON-CAEN, op. cit., note 30, p. 183.

Section 2 - Les conditions de travail d'un assimilé, le travailleur à domicile.

Dans la perspective exposée plus tôt, on a pu mesurer les fondements du délicat rattachement de ces travailleurs au droit du travail, un rattachement peu sensible à la nature juridique classique du contrat de travail. Par conséquent, et compte tenu de ce qui précède, il sera d'autant plus intéressant d'analyser deux aspects : la protection sociale qui leur est accordée (§-1) et leurs conditions de travail dans le cadre des rapports individuels et collectifs de travail (§-2).

§-1. L'affiliation au régime de protection sociale des travailleurs à domicile

Compte tenu de la spécificité des conditions de travail et de leur rattachement par voie d'assimilation au salariat, il apparaît intéressant de présenter les aménagements envisagés par le législateur pour ce travailleur. Après avoir analysé les mécanismes d'affiliation au régime de sécurité sociale, il sera question de l'étude de leur protection en cas d'accidents et de maladies professionnelles.

Au même titre que le voyageur, représentant et placier, le travailleur à domicile bénéficie, par voie d'extension législative, du principe d'affiliation obligatoire⁶⁹ qui lui offre une protection complète en vertu de l'article L. 311-3 du Code de Sécurité Sociale⁷⁰.

⁶⁹ L'équipe rédactionnelle de la Revue Fiduciaire, « Assujettissement et affiliation à l'U.R.S.S.A.F. », 2001 (888) Revue Fiduciaire p. 18, § 31.

⁷⁰ Code de Sécurité Sociale, ci-après cité « C.S.S. »; art. L. 311-2 « sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales, quelque soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes,

La filiation avec le décret-loi en date 28 octobre 1935⁷¹ qui, rappelons-le, avait créé la scission entre le droit de la sécurité sociale et le droit du travail quant aux principes d'application des lois sociales, ne fait aucun doute selon Jean-Jacques Dupeyroux. Cet « (...) article reprend le décret mot pour mot [lequel] s'était référé à une dépendance économique »⁷².

L'article précise qu'un travailleur appartenant à l'une des catégories énumérées dans cet article se trouve assujetti au régime dans la mesure où, « (...) il remplit les conditions prévues par les dispositions spécifiques concernant son activité mentionnée à l'article L. 311-3 (...) dans cette hypothèse l'intéressé sera assujetti sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un lien de subordination, les règles édictées se suffisant à elles-mêmes. »⁷³.

Le donneur d'ouvrage sera tenu au versement des contributions patronales de sécurité sociale pour le travailleur à domicile au même titre que celles versées pour les

quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat. ».

⁷¹ Décret loi sur les assurances sociales en date du 28 octobre 1935.

⁷² Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE, Rolande RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, 14^e éd., Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2001, 1265 pages, p. 453, § 604.

⁷³ Telle est la solution dégagée par la Cass. soc. 24 juin 1966, D. 1967 p. 137 (note de N. Catala-Franjou) et Cass. soc. 14 déc. 1966, Cass. Ass. plé. 11 janv. 1967, D. 1967, p. 225, (note de J. Dupeyroux) Les juges ont considéré que les dispositions de l'article L. 311-3 se suffisaient à elles-mêmes. La question en effet était de déterminer si entre l'article L. 311-3, qui prévoit une énumération des catégories de travailleurs bénéficiaires, et l'article L. 311-2 qui expose les conditions générales d'affiliation devait exister un lien. L'article 311-3 devait-il être autonome ou bien l'illustration de L. 311-2. À cette question, la Cour de cassation répond d'une part, que la condition de rémunération est nécessaire donc cette condition s'applique à L. 311-3 car il s'agit-là de la logique d'affiliation mais par contre L. 311-3 doit se lire de façon autonome ces dispositions « se suffisent à elles mêmes », voir à ce propos Marie HAUTEFORT, Catherine GIRODROUX, Lamy social - Droit du travail et charges sociales, Paris, éd. Lamy, 2001, para. 3867, p. 1710 et surtout J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, R. RUELLAN, op. cit., note 71, p. 453, § 604 (nous soulignons). À vérifier l'une ou l'autre des réf.

travailleurs qui oeuvrent en entreprise. La pluralité d'employeurs ne fait aucun obstacle au paiement de cette contribution chacun versant au prorata des sommes versées au travailleur à domicile. Les indemnités en matière de prestations d'assurance maladie et familiales s'appliquent sans distinction.

Par contre, la question de l'indemnisation des accidents et maladies professionnelles s'avère plus épineuse en raison de la confusion entre le lieu de travail et le domicile du travailleur. Il demeure que, même à ce titre, les travailleurs à domicile bénéficient des mécanismes de protection (art. L. 412-2 du C.S.S.). La présomption légale en faveur de la reconnaissance d'un accident de travail lorsque l'accident est survenu du fait ou à l'occasion du travail leur est applicable. Dans ce cadre, tout comme pour le travailleur salarié de droit commun, c'est le lien de concomitance entre l'accident et l'activité exercée qui sera évalué aux fins de détermination de la nature de l'accident et il le sera avec plus de scrupule que pour le salarié de droit commun. En 2002, pourtant la Cour retient une interprétation libérale puisqu'elle décide que le salarié en mission bénéficie de la présomption d'imputabilité de l'accident du travail « (...) que l'accident survienne à l'occasion d'une activité professionnelle ou d'une activité de la vie courante »⁷⁴. Cette voie semblait d'autant plus assurée que la Cour de cassation avait quelques temps plus tard rendu un nouvel arrêt⁷⁵ dans lequel elle fixait à l'employeur une obligation de résultat quant à la sécurité au travail. Mais c'était sans compter les récents développements de la Cour de cassation, qui lors de la question de l'imputabilité des accidents de travail en contexte

⁷⁴ Cass. soc. 19 juil. 2001, n° du pourvoi 99-21536 (décès d'un ingénieur salarié à la suite d'une hémorragie à l'hôtel après son petit déjeuner).

⁷⁵ Cass. soc. 11 fév. 2002, n° du pourvoi 00-16535.

d'astreinte à domicile, réfutait la présomption au détriment du salarié blessé⁷⁶. L'article L. 411-1⁷⁷ du C.S.S. régit certes ces situations mais n'apporte pas toutes les solutions.

Le processus d'assimilation des travailleurs à domicile reconnu dans le Code du travail s'est étendu aux mécanismes de protection sociale. Le champ de la sécurité sociale a contribué à leur reconnaissance mais la jurisprudence reste encore incertaine quant aux solutions à retenir en la matière. Même chose en ce qui a trait à l'application des normes du travail. Il existe en fait un certain nombre d'obstacles en raison de la particularité du travail à domicile en tant que tel. Par exemple, comment octroyer le bénéfice des heures supplémentaires à un travailleur excentré de la zone de contrôle? Comment rejoindre par la voie collective ces travailleurs souvent isolés? Comment gérer la discipline⁷⁸ ou encore l'application de dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité?

§-2. *Les droits du travail individuels et collectifs du travailleur à domicile*

L'isolement géographique dont peut occasionnellement souffrir le travailleur à domicile est comblé par le législateur. En effet, l'article L. 721-6 prévoit qu'en plus de bénéficier des dispositions légales propres au salarié de droit commun, le travailleur à domicile est présumé se voir appliquer les conditions établies conventionnellement, sauf si l'accord collectif l'en exclut expressément. En outre, la loi prévoit l'opportunité pour ces travailleurs à domicile de se grouper en syndicat professionnel (art. L. 411-2), ce qui amène

⁷⁶ Cass. soc. 19 juill. 2003, n° du pourvoi 99-21536; Voir les commentaires doctrinaux de cette décision, dans Jean-Emmanuel RAY, « Ubiquité du travail et application du droit du travail », (2003) 1140 Semaine sociale Lamy 41.

⁷⁷ Art. L. 411-1 « Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise. ».

⁷⁸ Sur les possibilités limitées de contrôle de l'employeur, voir Cass. soc. 2 oct. 2001, n° du pourvoi 99-42942.

à affirmer que **l'éloignement du centre de production n'élimine pas la protection liée au droit d'association**. Obligation est faite par contre à l'employeur de consulter le comité d'entreprise lorsqu'il décide de confier une tâche qui, ordinairement, était effectuée à l'intérieur de l'établissement, à un travailleur à domicile (art. L. 432-1), ce qui montre le caractère particulier de cette modalité de travail.

Enfin, du point de vue des rapports individuels, certaines dispositions possèdent un contenu original destiné au travailleur à domicile. Elles concernent à la fois les modalités de rémunération ainsi que le calcul des heures de travail. Au sujet de la rémunération « forfaitaire », le travail à domicile peut parfois être normalisé en particulier lorsqu'il est rémunéré à la pièce (nombre de mots traduits pour un traducteur) ou à la tâche⁷⁹ ou à la durée. Certains travaux effectués en série ou bien déterminés par voie réglementaire⁸⁰ (art. L. 721-9) font l'objet d'accords conventionnels quant au temps requis pour effectuer la tâche. Mais quelque soit les modalités de rémunération, le travailleur à domicile n'est pas exclu du paiement des heures supplémentaires (art. L. 324-1 et 324-2). En vertu de l'article L. 721-16 du Code, le travailleur à domicile bénéficie d'une présomption d'octroi d'heures supplémentaires, dans la mesure où les délais d'exécution des tâches obligent le travailleur à prolonger son activité au-delà du nombre d'heures quotidiennes maximales⁸¹ ou en travaillant un jour de fête ou les dimanches. Par contre, qu'en est-il lorsque le travailleur à domicile travaille pour le compte de plusieurs donneurs d'ouvrage? Sur ce point la doctrine avance que « le droit aux majorations pour heures supplémentaires ne serait pas ouvert »⁸² du fait de la difficulté d'établir l'imputabilité de ces heures à l'un ou l'autre des donneurs d'ouvrage. Le droit à majoration ne s'ouvre que lorsque un seul donneur d'ouvrage dépasse

⁷⁹ Cass. soc. 22 janv. 1981, n° du pourvoi 80-10493, *Bull. civ. V*, n° 60.

⁸⁰ Ainsi pouvait être déterminé par voie réglementaire le temps de confection de képis et de coiffures d'uniformes.

⁸¹ Circulaire ministérielle du 3 mars 2000 relative à l'application de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, considère comme applicable au travailleur à domicile et à l'article L.721-6 la réduction du temps de travail.

⁸² Henry PESCHAUD, *Juris-Classeur Traité travail*, fascicule 5-10, v° Travailleur à domicile, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, § 102.

le maximum légal. Enfin, en dernier lieu, les dispositions relatives à l'octroi des congés sociaux et annuels⁸³ ont amené le législateur à prévoir quelques aménagements particuliers pour le travailleur à domicile.

Au terme de l'analyse, le processus d'assimilation employé par le législateur français témoigne non seulement du côté **progressiste mais aussi réaliste** du législateur français. La volonté d'extraire ces travailleurs de leur isolement, de recréer un « lien social »⁸⁴ au moyen de mécanismes de protection, nonobstant la qualification juridique du contrat sur lequel il s'adosse, constitue une innovation majeure. L'effet levier d'une telle démarche est sans aucun doute le lien de dépendance auquel est soumis le travailleur à domicile à l'égard du ou des donneurs d'ouvrage. Il n'en reste pas moins que le travailleur en cause conserve ses spécificités, notamment une grande autonomie dans les conditions d'exercice de son activité, à savoir il peut travailler pour plusieurs donneurs d'ouvrage, sauf pour des particuliers, il peut se faire aider occasionnellement, peut utiliser sa propre matière première, définir son lieu de travail.

Par contre, ce régime est loin d'être parfait. Il soulève certaines critiques légitimes, en ce qui a trait à son effectivité et à son inadaptation face aux nouvelles formes de travail à domicile notamment le télétravail. D'ailleurs un récent rapport⁸⁵ faisait récemment état des principales critiques du régime et ce dépit des dispositions législatives spécifiques :

« (...) que les travailleurs à domicile étaient, souvent, en marge de l'entreprise qui recourait à leurs services : - non intégrés, de fait, dans la communauté de travail de l'entreprise dans laquelle ils n'entrent pas, qu'ils ne fréquentent pas faute de relations prévues ou autorisées; - ne bénéficiant pas des informations données aux autres salariés qui exercent leur travail au

⁸³ Par exemple, pour le paiement des congés annuels, le donneur d'ouvrage paie 10 % de la rémunération brute à cette fin au travailleur à domicile et se trouve ainsi libéré de cette obligation.

⁸⁴ C. REY *op. cit.*, note 7, p. 24.

⁸⁵ *Id.*, p. 14 (nous ajoutons le gras), voir également p. 160 et suivantes.

sein de l'entreprise; - exclus ou ignorés de la convention applicable, du régime de prévoyance comme de la retraite complémentaire; - oubliés lors des élections aux institutions représentatives du personnel; - dotés d'un système spécifique de calcul de rémunération en réalité inappliqué et inapplicable depuis trente ans. Les travailleurs à domicile sont **ainsi exclus des droits attachés au salariat.** »

Il existe un réel problème d'effectivité dans l'assimilation du travailleur à domicile au salariat et ce, en dépit des principes affichés dans le texte. À ce problème, il faut ajouter celui de l'inadaptation partielle du texte au contexte de l'économie tertiaire. En effet, alors que le texte s'appuie sur la réalité d'un travail manuel dans un environnement industriel, aujourd'hui le contexte offre l'image d'un travail à domicile effectué dans le secteur tertiaire voire quaternaire de type plutôt intellectuel pour une pluralité de donneurs d'ouvrage. Il s'agit souvent du télétravail. Ces modalités même si elles sont abordées par la législation, ne trouvent pas toujours une application adéquate. Les difficultés d'ajustement sont nombreuses : « détermination de la rémunération, application des règles d'hygiène et de sécurité, modalités d'exercice des droits collectifs des travailleurs, respect du principe d'égalité avec les travailleurs en établissement »⁸⁶. Il demeure que récemment la Cour de cassation⁸⁷ soulignait le caractère non anodin de cette modalité de travail en qualifiant de modification unilatérale le contrat de travail par lequel un inspecteur en assurance se voyait contraint d'installer son poste de travail à son domicile à la suite de la fermeture des locaux de l'entreprise. Cette décision est d'autant plus importante qu'elle est motivée par un double visa, l'article L. 122-12 qui garantit le maintien de droits en cas de cessation d'entreprise et l'article 9 du Code civil qui assure le respect de la vie privée. Le droit au respect de la vie privée sert ici de rempart à l'utilisation du télétravail comme simple modalité de travail qui pourrait s'imposer du fait de volonté unilatérale de l'employeur. Cet

⁸⁶ Id., p. 165.

⁸⁷ Cass. soc. 2 oct. 2001, n° du pourvoi 99-42727 (l'affaire Abram); voir les commentaires Marie HAUTEFORT (2001) 89 J.S.L. p. 6-7; Jean-Emmanuel RAY, « La légitime censure des télé-travaux forcés - Cass. soc. 2 oct. 2001, Abram » (2001) 12 Droit social 1039.

arrêt montre de façon plus large que le recours au travail « non intégré » requiert des balises de sécurité pour le travailleur en général, et qu'à l'heure actuelle, elles s'avèrent insuffisantes.

Dans une perspective canadienne et plus précisément au Québec, le travail à domicile est loin de recueillir l'aménagement par assimilation offert par le législateur français. De l'autre côté de l'Atlantique, le travail à domicile n'envisage pas un régime spécifique pour ce type de travailleur.

Section 3 - Le travail à domicile selon les législations québécoise et fédérale

« On [l'] aura remarqué l'absence de règles traitant spécifiquement des diverses formes d'emploi précaires dans les lois canadienne et québécoise. La discrétion dont les législateurs ont fait preuve jusqu'à maintenant ne signifie pas, cependant, que notre droit ignore ces formes d'engagement.

En droit des rapports collectifs, les tribunaux spécialisés ont pallié le mutisme de la loi (...) il en va différemment en ce qui concerne les lois sur les conditions minimales de travail dont l'impact est considérable, au Canada et au Québec, en ce qui concerne les non syndiqués (...) Pour éviter une telle bipolarisation du monde du travail, une importante activité législative doit être entreprise. »⁸⁸

Alors qu'en France l'encadrement législatif apparaît dès la première tranche du XX^e siècle, les législations québécoise et fédérale demeurent discrètes sinon neutres jusqu'à ce jour. Certes, on pourrait expliquer l'absence de dispositions spécialisées par le recours tardif à ces formes de travail à domicile, puisque le travail à domicile s'est déployé⁸⁹ seulement à partir de l'ère industrielle. D'autres sources d'explication sont cependant plus convaincantes. On observe une volonté traditionnelle « du politique » de laisser aux parties le soin d'aménager leurs relations plutôt que d'imposer de façon « autoritaire » par voie législative des mesures d'encadrement et de protection du travail. D'ailleurs, tout

⁸⁸ Jean Denis GAGNON, « Employés parfois ou quelquefois. Le travail atypique ou précaire; les insuffisances du droit canadien et québécois », (1991) 70 *Canadian Bar Review* 71- 90, 89-90.

⁸⁹ Il n'existe pas, à la différence de ce qui a été observé en Europe, de tissu pré-industriel susceptible d'accueillir cette forme d'emploi.

récemment encore, le Québec réaffirmait cette orientation dans le dossier concernant la réglementation de l'industrie du vêtement⁹⁰.

Aujourd'hui avec l'avènement des nouvelles formes de télécommunication, dans la perspective du déploiement d'une économie mondiale, cette forme de travail s'est régénérée⁹¹ par le biais du télétravail, pénétrant ainsi les secteurs de l'économie tertiaire et même quaternaire quittant en cela son terrain de prédilection, le secteur secondaire. Le travail à domicile que l'on pensait condamné à terme dans nos sociétés modernes s'est montré sous un nouveau jour et s'est déployé avec plus de vigueur encore. À ce jour, on considère qu'au Canada, entre 4 et 11 pourcent des personnes travaillent à partir de leur

⁹⁰ À la suite de l'abrogation des décrets dans l'industrie du vêtement, un projet de loi a été adopté en vue d'encadrer de façon transitoire les conditions minimales de travail dans l'industrie du vêtement. La Loi concernant les conditions de travail dans certains secteurs de l'industrie du vêtement et modifiant la loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1, a. 158.1; 1999, c.57, a. 4 a mis fin le 30 juin 2000 aux quatre décrets. Elle prévoit une période de transition de 18 mois, établit des normes afin que durant cette période soit formé un « (...) comité consultatif représentatif de l'industrie et des syndicats, présidé par la Commission des normes du travail » afin de faire des recommandations afin d'établir un consensus (...) pour prévoir des normes qui seraient retenues pour régir ces quatre secteurs pour l'avenir (...) Maintenant les travaux n'ont pas permis d'établir un véritable dialogue entre les parties», Commission permanente de l'économie et du travail, Journal des débats, Travaux parlementaires 36^e législature, 2^e session, Industrie du vêtement, Cahier n° 44, 29 novembre 2001, p. 1-43 et p. 2-3. De ce fait le travail législatif a été remis à plus tard, soit au 31 décembre 2006 afin que les parties puissent trouver un consensus.

⁹¹ Il y a déjà dix ans, plus de 600 000 employés au Canada déclaraient travailler partiellement ou exclusivement à leur domicile. Ils représentaient 6 % des travailleurs rémunérés. Les domaines de la finance, des assurances et des affaires immobilières et celui des services étaient en 1991 les deux domaines les plus représentatifs de l'usage de ce type d'emploi, respectivement 12 et 8 %. Voir à ce sujet : Jason SIROONIAN, Les conditions de travail - Rapports analytiques, Division de l'analyse et de l'enquête sur le travail et les ménages, Statistique Canada, Cat. 71-535, n. 6, Août 1993, p. 9 et suiv. et Urwana COIQUAUD, Le régime juridique des nouvelles formes de travail, Ottawa, Document de travail, 1998, D.R.H.C., 85 p., p. 6 et 8.

domicile⁹². Il apparaît donc essentiel de s'y intéresser. D'ailleurs dans un rapport récent⁹³, le travail à domicile est dépeint comme une option de travail adoptée, en grande majorité, par les femmes. D'emblée ces quelques remarques nous amènent à un constat préliminaire dans une perspective de comparaison. La législation française sur le travail à domicile offre un cadre législatif précis tant à l'égard de la définition de cette modalité de travail que de son régime. Ainsi, au travail à domicile défini par le législateur correspond un régime qui lui est propre. Cela n'empêche pas la pluralité de statuts possibles pour le travailleur à domicile français qui peut tout à la fois être salarié, salarié assimilé et travailleur autonome. Il n'y a rien de tel au Québec. Faute de définition et de régime précis, le travail à domicile oscille d'un régime juridique à l'autre au gré du processus classique de qualification juridique. Il conviendra alors de dégager dans le droit commun du travail les spécificités attachées à cette modalité de travail en posant un regard attentif sur la question du lieu de travail.

Le domicile est non seulement protégé par la Charte des droits et libertés de la personne (art. 5 et 7) en tant que droit et liberté individuels mais se dilue au contact des droits collectifs. Cette césure traditionnelle entre la vie privée et la vie professionnelle marque également les limites au contrôle et à l'établissement d'un lien de dépendance. L'espace qui sépare les lieux de production ou le centre de décision du domicile peut agir comme un facteur de dilution apparent au phénomène de dépendance, puisque le contrôle s'avère moins prégnant. Cette mise en garde est particulièrement vraie dans un contexte où il n'existe pas de dispositions spécifiques. Dès lors, les mécanismes de protection généraux ne seront-ils pas détournés en raison de cette confusion entre le lieu de travail et le domicile de l'employé? Ce questionnement est d'autant plus crucial que l'on s'appuie sur le fait que

⁹² S. Graham LOWE, Grant SCHELLENBERG, What's a good job ? The importance of Employment Relationships, Canadian Policy Research Networks, Ottawa, 2001, 118 pages, p. 18, disponible sur le site : http://www.cprn.org/pubs/files/pubs-w_f.html

⁹³ Stéphanie BERNSTEIN, Katherine LIPPEL, Lucie LAMARCHE, Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien, Condition féminine du Canada, n° de catalogue : SW21-55/2000F, Ottawa, mars 2001, 216 pages, disponible sur le site : <http://www.swc-cfc.gc.ca>

« le travail à domicile sert souvent de tremplin vers le travail autonome »⁹⁴. Comment le législateur québécois parvient-il à lever l'obstacle dû à l'éloignement spatial pour assurer une protection adéquate à ces travailleurs?

Autrement dit, dans quelle mesure le lieu de travail constitue-t-il un élément fondamental dans la qualification juridique du contrat? Incidemment, la portée affaiblie du pouvoir de contrôle du donneur d'ouvrage suffit-elle à atténuer voire à faire disparaître le lien de dépendance? Ce pouvoir de contrôle est, par ailleurs, considéré comme une condition essentielle à la qualification de contrat de travail (§-1). En outre, l'encadrement juridique existant permet-il de rejoindre sans encombre ces travailleurs de façon spécifique ou générale, ou encore de façon sectorielle? (§-2) Ce sont les deux aspects qui seront traités tour à tour.

§-1. *Qualification juridique et travail à domicile : à la recherche de la dépendance*

On se rappellera que la France à cet égard a construit un certain nombre de critères spécifiques qui, une fois remplis, offrent ipso facto un régime de protection spécifique en regard des conditions particulières d'exécution du travail. L'analyse précédente a démontré, et ce, bien que cette question soit controversée⁹⁵, que l'exigence du lien de subordination

⁹⁴ *Id.*, p. 41.

⁹⁵ Voir le point de vue nuancé de T. REVET, *loc. cit.*, note 26, p. 190 et suiv., contra Gérard COUTURIER, *Droit du travail – 1/ Les relations individuelles de travail*, coll. « Droit fondamental, Droit social », 2^e éd., Paris, P.U.F., 1990, 568 p., p. 100, para. 47; H. PESCHAUD, *loc. cit.*, note 82 « Certaines décisions parmi les plus récentes, ne prennent du reste pas la peine de constater **ni la présence ni l'absence de subordination**, dès l'instant que sont réunies les deux conditions légales essentielles à la reconnaissance de la qualité de travailleur à domicile : rémunération forfaitaire, travail sur commande. C'est au fond cette double référence implicite à la dépendance économique qui permet de ne pas confondre le travailleur à domicile avec un véritable travailleur indépendant. » Cass. soc. 13 nov. 1997, n° du pourvoi 93-13711 (inédit).

juridique est abandonnée au profit d'une réponse favorable à des conditions objectives qui assurent l'assimilation de ce travailleur au salariat⁹⁶. Tandis qu'au Québec, le législateur à une exception près⁹⁷ est demeuré silencieux sur le sujet⁹⁸. La question se place résolument sous l'angle de la subordination juridique. Il reste la clef de voûte de la caractérisation du travailleur à domicile alors même que la France l'a explicitement repoussée. Par ailleurs, on a vu précédemment dans l'évolution du droit des travailleurs à domicile en droit français que la dépendance économique a joué un rôle fondamental dans la configuration actuelle du régime destiné aux travailleurs à domicile. En est-il ainsi au Québec? En vue de répondre à cette question, nous procéderons à l'analyse jurisprudentielle de différentes décisions.

Il y a quelques années, dans un jugement rendu par un tribunal de droit commun, un travailleur à domicile avait été qualifié d'entrepreneur indépendant dans les circonstances suivantes : l'entreprise offrait un travail à domicile de montage, payé à la pièce. La personne montait les pièces « comme on le lui a[vait] enseigné ». Une fois le montage réalisé, les pièces étaient amenées à l'entreprise. Dans l'enceinte de cette dernière, l'employeur en faisait l'examen et jugeait de leur conformité. Lorsqu'il considérait le montage insatisfaisant, la pièce n'était alors pas payée. Le juge conclut à l'absence de lien de subordination juridique en raison de l'absence de surveillance, de contrôle immédiat par l'employeur sur l'exécution du travail. Il souligne que, nonobstant « (...) l'horaire imposé aux travailleuses », il ne tient pas lieu d'un horaire de production puisqu'il a pour seule

⁹⁶ La Loi Madelin en date du 11 février 1994 (Loi n° 94-126) avait pris le contre-pied de cette disposition législative dans la mesure où le travailleur inscrit au Registre du Commerce et des Sociétés bénéficiait d'une présomption de non salariat; c'est chose presque abolie depuis la Loi du 19 janvier 2000 (loi n° 2000-37).

⁹⁷ En effet, les décrets des conventions collectives dans les quatre secteurs suivants, la confection pour hommes, pour dames, la confection pour les chemises d'hommes et de garçons et le secteur du gant de cuir, désormais abolis au profit de dispositions temporaires inscrites à la Loi sur les normes de travail, prévoient la possibilité pour le gouvernement de fixer par règlement des normes sectorielles permanentes.

⁹⁸ Nathalie-Anne BÉLIVEAU, Les normes du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 733 p., p. 82.

fonction de permettre à l'employeur de faire le suivi du nombre de personnes qui travaillent par jour⁹⁹. Par contre, il a été jugé que sont des salariées, les travailleuses à domicile qui, oeuvrant dans le cadre de la confection pour dames (décret), suivent de façon impérative le modèle échantillon fourni par l'employeur, lequel fixe le prix et le délai de livraison¹⁰⁰.

Plus tôt, une décision¹⁰¹ en se fondant sur l'article 2 de la L.N.T.¹⁰² avait considéré à l'inverse que l'emballeuse qui travaillait à domicile **avec l'aide occasionnelle** de son époux, qui ne fournissait aucun outil de travail et qui travaillait sur une base régulière, sans heures fixes imposées, était une salariée. Le juge a fait fi de l'aide occasionnelle dont l'employée a pu bénéficier pour évincer l'exigence de l'exécution personnelle conçue strictement comme critère déterminant pour l'application du droit du travail. D'ailleurs, récemment la doctrine¹⁰³ soulignait le peu de jurisprudence sur le sujet :

« (...) que le seul fait qu'un individu accomplisse son travail à partir de son domicile ne constitue pas, en soi, un empêchement à ce que lui soit reconnu le statut de salarié. Il faudra pour que l'on en vienne à une telle conclusion, constater l'existence des autres éléments caractéristiques de ce statut, notamment l'existence d'un lien de subordination juridique ».

C'est dans le même sens qu'un arbitre conclut au sujet d'une secrétaire comptable travaillant à domicile pour plusieurs employeurs et qui a embauché une secrétaire¹⁰⁴. Il

⁹⁹ Commission des normes du travail du Québec c. Entretien Sanitaire Waterville inc., D.T.E. 93T479 (C.Q.).

¹⁰⁰ Confections Coger inc. c. Comité paritaire du vêtement pour dames, D.T.E. 86T27 (C.A.).

¹⁰¹ Commission des normes du travail c. International Forums inc., D.T.E. 85T8 (C. provinciale).

¹⁰² Art. 2 L.N.T. (extrait) « La présente loi s'applique au salarié quelque soit l'endroit où il exécute son travail. ».

¹⁰³ N.-A. BÉLIVEAU, op. cit., note 98, p. 82.

¹⁰⁴ Couture-Thibault c. Pharmajan inc., D.T.E. 84T423 (T.A.).

s'agit là d'une interprétation libérale qui ne représente pas à notre avis l'orientation majoritaire de la jurisprudence¹⁰⁵.

Dans la précédente affaire¹⁰⁶, il faut souligner que le juge en se fondant sur l'article 2 de la L.N.T.¹⁰⁷ a retenu la définition large du champ d'application de la loi pour dépasser l'obstacle potentiel que constitue le domicile comme **lieu de travail** en plus de la **dilution du pouvoir de contrôle** exercé par l'employeur. Cette disposition doit être analysée à sa juste valeur, car « (...) si le lieu de travail n'est pas le seul indice d'indépendance, il est quasiment le point de départ : point de présence dans les locaux, donc pas d'horaires établis, donc relâchement voire une absence de contrôle sur les méthodes de travail. »¹⁰⁸.

La modalité de travail soit le domicile comme **lieu de travail** ne semble pas a priori constituer un obstacle pour l'assujettissement par principe aux normes protectrices du droit du travail québécois. Il a pourtant la vertu d'accentuer l'impression d'autonomie du travailleur et, par conséquent, laisse sous-entendre une certaine indépendance aux yeux des juges, en particulier lorsque l'on a affaire à un travailleur à domicile qui accomplit une fonction requérant à la base une certaine autonomie du fait des compétences acquises. C'est dans ce cadre que l'arbitre dans l'affaire Couture-Thibault a entendu distinguer **autonomie et fiabilité** : « Son autonomie résulte de sa grande fiabilité et non du statut

¹⁰⁵ Quant à l'application de ce critère dans le cadre du Code du travail, voir Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE, Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, 2003, Gouvernement du Québec, 568 p., p. 81.

¹⁰⁶ Commission des normes du travail c. International Forums inc., précité, note 101.

¹⁰⁷ Art. 2 L.N.T. (extrait) « La présente loi s'applique au salarié quelque soit l'endroit où il exécute son travail. ».

¹⁰⁸ Marie HAUTEFORT, Catherine GIRODROUX, Lamy social - Droit du travail et charges sociales, Paris, éd. Lamy, 2001, p. 7; identifié également comme point de rupture, dans J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, op. cit., note 105, p. 35.

d'entrepreneur »¹⁰⁹. Sur ce point la jurisprudence québécoise s'aligne sur les solutions dégagées par le droit prétorien français : l'autonomie ne signifiant pas l'indépendance.

Par contre dans le cas d'une traductrice superviseuse de livres pour laquelle l'employeur n'avait aucun contrôle sur les heures de travail, le juge de droit commun l'a considérée comme une travailleuse autonome puisqu'en outre elle n'était payée que lorsqu'elle en faisait la demande¹¹⁰. En sens inverse, a toujours été une travailleuse salariée, l'employée qui venait chercher chez l'employeur les coupons et les apportait à son domicile, les dénombrant et les rapportait à l'employeur. Bien que rémunérée à la pièce, elle n'avait pas d'horaire fixe, les outils lui étaient fournis et elle pouvait se faire aider par des proches quoique sur ce point rien n'ait permis d'en établir la preuve¹¹¹. Le revenu soutiré de cet emploi constituait la seule et unique source de revenus, ce qui indique clairement que la personne était « **subordonnée financièrement** ».

On voit dans l'état de la jurisprudence dressé plus haut que le lien de subordination juridique en tant que tel ne suffit pas toujours à rattacher à la zone protectrice du droit du travail les travailleurs à domicile en raison d'une **dilution plus ou moins apparente du pouvoir de contrôle**, tant à l'égard de la nature du travail que des modalités d'accomplissement. Citons en exemple : le contrôle exercé sur un ouvrage fini (montage effectué, texte traduit, révisé, tenue à jour de la comptabilité) ou le contrôle sur les heures accomplies ne suffisent pas toujours à donner application au droit du travail. On note qu'à quelques occasions le critère de **dépendance économique** vient en relais pour extirper de l'indépendance ces travailleurs qui n'ont pour liberté que celle de travailler pour le compte d'autrui dans leurs propres murs. Différents cas d'espèces mentionnés plus tôt l'attestent et ceux à venir le prouvent encore :

¹⁰⁹ Couture-Thibault c. Pharmajan inc., précité, note 104.

¹¹⁰ Commission des normes du travail du Québec c. Déco Plans Inc., D.T.E. 89T299 (C.Q.).

¹¹¹ Picard c. G.V. Bergeron, D.T.E. 97T826 (C.T.).

« La jurisprudence a d'abord établi qu'il s'agissait d'une subordination juridique caractérisée par le contrôle exercé par l'employeur sur le salarié. Avec l'apparition des emplois d'ordre technique et professionnel, la jurisprudence a admis qu'il y avait subordination lorsque l'employeur a la faculté de déterminer, d'encadrer et de contrôler, même à distance, l'exécution du travail. Enfin la notion de **dépendance économique**, qui dépend de la propriété des outils de production, du contrôle sur le travail et de la possibilité, pour la personne, de faire des profits ou des pertes, a été substituée à celle de dépendance juridique. »¹¹²

En l'espèce l'arbitre avait retenu le statut de salarié pour la secrétaire comptable oeuvrant à domicile pour plusieurs entreprises même si elle bénéficiait d'une aide. Dans une autre affaire, le commissaire du travail après avoir examiné ses conditions du travail a conclu que la travailleuse à domicile était subordonnée **financièrement** à l'employeur dans la mesure où elle tire de ce travail 100 % de son revenu¹¹³. Mais cette orientation, selon des auteurs, doit d'être circonscrite, elle intéresse :

« (...) les travailleurs dont le seul lien de subordination avec le donneur d'ouvrage serait une subordination ou une dépendance économique. Ceci est conforme à la jurisprudence québécoise (...) en ce sens que le Tribunal du Travail exige davantage que la seule subordination économique. Cet élément sert d'indice mais il faut encore **qu'il existe une certaine forme de subordination juridique**, si tenue soit-elle, pour que le travailleur soit assimilé à un « salarié » (...) »¹¹⁴.

Par exemple, le télétravailleur à domicile qui le plus souvent travaille dans les locaux de l'entreprise est un salarié au sens du Code du travail, telle a été la décision du commissaire du travail confirmée devant le Tribunal du Travail dans l'affaire Syndicat canadien de la

¹¹² Couture-Thibault c. Pharmajan inc., précité, note 104, (le gras est dans le texte).

¹¹³ Picard c. G.V. Bergeron, précité, note 111.

¹¹⁴ Serge BRAULT, Daniel LAVERY, Johanne DESPATIS, Michel GAMACHE, L'entrepreneur dépendant dans la législation du travail dans les juridictions canadiennes suivantes : Fédéral, Nouvelle-Écosse, Québec, Ontario, Alberta, Colombie Britannique, Ottawa, D.R.H.C., avril 1998, 118 pages, p. 6; « L'entrepreneur dépendant est, en somme, celui qui, bien que bénéficiant d'une subordination juridique moins étroite, demeure intimement lié à son employeur en ce qu'il est directement dépendant économiquement », dans Pierre Lajoie et Multi-Markes inc., D.T.E. 87T60 (T.A.).

fonction publique¹¹⁵ et ce, même si le salarié en l'espèce bénéficie d'une certaine souplesse dans l'exécution de son travail, même « (...) s'il ne s'intègre pas complètement dans l'organisation » et « bénéficie aussi d'une certaine latitude puisque des directives peuvent lui être données « de temps à autre » seulement ». Sont caractéristiques d'une dépendance économique la « (...) détermination d'un tarif horaire (...). [L]a durée du contrat et la part significative du contrat comme source principale de ses revenus »¹¹⁶. Lorsque ce faisceau d'indices est rassemblé, les juges vont conclure à la présence d'un contrat de travail. Dans cette affaire, les éléments de subordination juridique ne sont pas absents mais suffisamment dilués pour laisser aux critères de dépendance économique une part décisive dans la prise de décision.

Il apparaît clairement à la lumière de la jurisprudence québécoise que le travail à domicile mise sur le lien de dépendance économique lors de la qualification juridique du contrat; cependant ce critère doit être corroboré par un lien de subordination juridique si mince soit-il.

Cette analyse recoupe en partie, certes avec moins d'audace, le réalisme dont avait fait preuve le législateur français dès 1957. Cet attachement à la dépendance économique s'explique surtout au Québec par l'incorporation dans la législation ou la jurisprudence de la notion d'entrepreneur dépendant à celle de travailleur salarié qui fait du lien de dépendance économique un lien fondamental dans ce type de relation. Par exemple la Loi sur les normes du travail a intégré **la notion d'entrepreneur dépendant**¹¹⁷ à celle de

¹¹⁵ Syndicat canadien de la fonction publique section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec, [1997] C.T. 328, confirmée par, Syndicat de la fonction publique du Québec c. Syndicat canadien de la fonction publique section locale 1573, [1997] T.T. 589.

¹¹⁶ Syndicat canadien de la fonction publique section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec, [1997] C.T. 333.

¹¹⁷ Art. 1, alinéa 10 de la L.N.T. : « une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel:

i. il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine; ii. il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel,

salarié qui, d'une certaine façon, comble le silence de la loi à ce propos. Cette notion soutient sans aucun doute la reconnaissance d'un statut protecteur pour le travailleur à domicile puisque sa définition large facilite considérablement l'octroi de ce statut. Par exemple, la jurisprudence a pu interpréter la disposition législative suivante « (...) exécuter un travail selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine (...) »¹¹⁸, comme une possibilité concédée par la loi « (...) d'embaucher du personnel d'aide sans perdre le statut de salarié »¹¹⁹. Mais il s'agit là davantage d'une exception que d'un principe. Sur ce point la jurisprudence québécoise rejoint la législation française. En outre, ce concept consacre la notion de **dépendance économique** comme indice nécessaire voire suffisant, selon certains cas d'espèces, pour conclure à l'**assimilation** de l'entrepreneur dépendant au salariat.

Ainsi, les caractéristiques du travailleur à domicile, malgré sa relative indépendance, du fait, principalement, de son lieu de travail n'occultent pas sa condition ni son besoin de protections adéquates. Par la conjonction de dispositions législatives et en particulier de l'arrimage possible du travailleur à domicile au concept d'entrepreneur dépendant et l'interprétation souple des juges, les travailleurs à domicile peuvent en général bénéficier de la protection des lois du travail. Cette affirmation doit cependant être tempérée. Le juge saisi d'un litige doit donner à la convention sa qualification véritable. Dès lors, la recherche de la commune intention des parties de même que les éléments de fait servent de fondement indispensable à la décision du juge. Or, en raison de l'isolement du travailleur, de l'absence d'exigence de formalisme du contrat, il apparaît d'autant plus difficile pour lui de déterminer « (...) la véritable nature du contrat (...) particulièrement en

l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique; iii. il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat (...) ».

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Couture-Thibault c. Pharmajan inc., précité, note 104; Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, [1980] T.T. 471.

ce qui a trait aux conditions de rémunération et aux heures de travail »¹²⁰. C'est principalement pour pallier cet inconvénient que la France exige par exemple la tenue par l'employeur d'un bulletin ou d'un carnet¹²¹, formalité qui bien que désormais absente du Québec¹²² existe en Ontario¹²³.

Face au silence des lois ou plus exactement à l'absence de dispositions spécifiques pour ce type de travail, le juge analyse au cas par cas chacune de ces situations pour déterminer si le travailleur à domicile est un travailleur indépendant ou un salarié. À cet égard, **la qualification juridique constitue un premier obstacle**, et ce, malgré l'interprétation libérale des tribunaux observée. Puis, dans l'hypothèse où ces derniers sont « élus » salariés, leurs peines n'en seront pas moins écourtées. En raison de **l'inadaptation du corpus législatif**, ils se verront refuser certaines normes minimales ou n'accéderont que difficilement aux mécanismes de solidarité collective; il s'agit là d'un second obstacle. Le caractère cloisonné des lois du travail impose toutefois de nuancer cette affirmation étant donné que l'on assiste à des situations très différentes d'une loi à l'autre et parfois d'un

¹²⁰ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, *op. cit.*, note 93, p. 55.

¹²¹ En vertu de l'article L. 620-3, l'employeur doit tenir un registre du personnel qui comprend tout à la fois les salariés et les travailleurs à domicile du donneur d'ordre. De plus, lors de la remise des travaux à exécuter, et une fois ceux-ci achevés, l'employeur doit indiquer des éléments d'information tels que, la nature et la quantité de travail donné, le temps d'exécution ainsi que le prix ou le salaire applicable, puis une fois le travail remis par le travailleur, le registre doit être complété avec la date de livraison, les sommes nettes payées ou à payer. En outre, il a été établi par la jurisprudence qu'il est de la responsabilité de l'employeur de veiller à la complétude du registre. En son absence l'employeur ne pourra pas invoquer sa propre turpitude pour léser les intérêts du travailleur à domicile. Voir sur le sujet, H. PESCHAUD, *loc. cit.*, note 82, p. 12, § 55.

¹²² Notamment dans le Décret sur l'industrie des gants de cuir.

¹²³ Notons que récemment la Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O., c.41, modifiée en 2001 introduit une nouvelle définition du travailleur à domicile « Particulier qui exécute un travail en échange d'une rémunération dans les locaux qu'il occupe principalement comme logement. Sont exclus de la présente définition les entrepreneurs indépendants ». En outre, l'article 15 prévoit la consignation par l'employeur d'un

secteur d'industrie à l'autre, sinon d'un produit industriel à l'autre. Ces deux aspects seront abordés dans les prochains développements.

§-2. *L'encadrement juridique du travail à domicile selon les législations québécoise et fédérale*

Afin d'amorcer cette partie, il apparaît utile de rappeler le particularisme de la structuration des lois du travail en droit québécois. Ces dernières outre qu'elles sont morcelées par objet, par exemple la Loi sur les normes du travail fixe les normes minimales de travail, le Code du travail s'intéresse à la structuration des rapports collectifs de travail, peuvent adopter ou reposer sur des concepts différents. Ainsi la notion de salarié au sens du Code du travail n'est pas transposable à celle de travailleur que l'on retrouve dans la Loi sur la Santé et Sécurité au Travail.

À ce démembrement législatif par objet et par concept, il faut y ajouter, bien qu'à moindre échelle, le possible découpage industriel ou sectoriel. Il était particulièrement présent dans le textile, secteur largement touché par le travail à domicile. Par exemple, l'industrie du vêtement était il y a trois ans régie par quatre décrets : celui sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons, celui pour la confection pour dames, celui pour la confection pour hommes et enfin celui pour l'industrie du gant de cuir. Nous reviendrons brièvement sur ce point à la fin de cette partie. Pour l'heure, il convient de présenter les inconvénients reliés à l'absence de législation particulière sur le sujet. Ils sont de deux ordres, l'absence de définition (1) ainsi que l'inadaptabilité de certaines conditions de travail pour cette forme de travail (2).

certain nombre d'informations relatives aux travailleurs et aux travailleurs à domicile plus spécifiquement au paragraphe 2.

(1) Le travailleur à domicile, un sujet introuvable

Du point de vue de la Loi sur les normes du travail, dont l'objet vise à établir des normes minimales de protection à l'égard des salariés, il n'existe pas de dispositions spécifiques qui visent directement les travailleurs à domicile. Incidemment, le texte précise que la « (...) présente loi s'applique au salarié quel que soit l'endroit où il exécute son travail. »¹²⁴. C'est d'ailleurs le point central de l'argumentation retenu par un juge dans une affaire au sujet d'une salariée emballeuse travaillant à domicile et payée à la pièce pour rejeter la prétention de l'employeur qui lui déniait le statut de salariée¹²⁵. Cet article, cependant, n'est pas une garantie absolue au bénéfice des dispositions de la L.N.T. (art. 54 para. 3). Sa rédaction est si générale qu'il n'est guère invoqué; il gagnerait à l'être davantage. Faute de définition spéciale, l'essentiel de l'argumentation repose alors sur la détermination d'un lien de subordination juridique. Il demeure que le lieu de travail constitue un obstacle contournable¹²⁶ certes, mais un obstacle néanmoins, au rattachement du travailleur à domicile au statut de salarié. Par conséquent, en éliminant explicitement le lieu de travail, et plus précisément le domicile, comme **source potentielle d'indépendance**, cela pourrait faire en sorte que le rattachement au statut de salarié pour ces travailleurs soit clarifié et facilité. Un autre point milite en ce sens, c'est la difficulté à laquelle sont soumis ces travailleurs à domicile du point de vue de **l'administration de la preuve**. Compte tenu de leur isolement, à la fois géographique et relationnel, le rassemblement des éléments de preuve s'avère ardu¹²⁷, tandis qu'en France, **le bénéfice d'une disposition « assimilatrice » permet de lever techniquement les embûches**

¹²⁴ Art. 2 L.N.T. (nous soulignons).

¹²⁵ Commission des Normes du Travail c. International Forums inc., précité, note 101.

¹²⁶ Ainsi dans l'affaire Couture-Thibault c. Pharmajan inc., précité note 104, l'employeur invoquait plusieurs éléments au soutien de son refus de reconnaître une travailleuse à domicile comme salariée. Le premier de ses arguments était le fait qu'elle travaille à domicile.

¹²⁷ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, op. cit., note 93, p. 55.

propres à l'octroi du statut de salarié. Ainsi, l'éloignement géographique mais pas n'importe lequel, celui du domicile, et la distance introduite du fait des commandes ou des instructions et du pouvoir de surveillance de l'employeur sont autant d'éléments de dilution du lien de subordination juridique. Il n'est donc pas étonnant qu'un autre critère vienne au secours de la condition de ces travailleurs pour les ramener dans le giron des salariés avec lesquels ils partagent une condition commune celle de la dépendance. C'est une façon de reconnaître leur existence. D'ailleurs, comme il a été indiqué précédemment, les juges québécois n'ont pas hésité à inscrire la « subordination économique » comme critère quasi déterminant à l'octroi du statut de salarié pour une travailleuse à domicile.

Pour conclure, il est certain que la Loi sur les normes du travail¹²⁸ ne s'intéresse pas directement au sujet. Le travailleur à domicile bénéficie néanmoins de certaines dispositions pour favoriser son insertion dans le régime de protection mais ce n'est que de façon incidente. L'Ontario à cet égard s'est montrée plus novatrice. Le législateur a en effet saisi l'occasion d'incorporer à la définition d'employé celle du travailleur à domicile :

«Article 1 « employé » S'entend notamment, selon le cas : (...) d) de quiconque est un travailleur à domicile »¹²⁹.

La législation fédérale elle aussi a fait une place de choix quant au bénéfice des rapports collectifs de travail en donnant une définition large du terme employé¹³⁰. Ainsi l'article 3 du Code canadien du travail¹³¹ définit :

¹²⁸ Il convient de nuancer ce propos puisque récemment les contenus de quatre décrets de convention collective ont été versés à la loi. Ils s'adressent non exclusivement aux travailleurs à domicile (art. 92.1 et suivants de la L.N.T.).

¹²⁹ Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O., 2000, C.41, modifiée en 2001.

« entrepreneur dépendant ». Selon le cas : (...) c) la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle. ».

La rédaction de cet article est très explicite. Le statut de salarié est élargi à ceux placés en situation de dépendance économique, et ce, sans égard aux modalités particulières de travail. Cette disposition constitue « (...) a *prima facie* présomption of economic dependence contractor status. There are however circumstances which will rebut this presumption »¹³². Est-il pour autant applicable aux travailleurs à domicile? On peut le penser. Bien que la jurisprudence et la législation soient muettes sur cette question, il semble logique de considérer qu'il existe une certaine corrélation entre l'acceptation par la législation de la notion d'entrepreneur dépendant et un accueil plus ouvert aux travailleurs à domicile. Ce sont autant de pas qui permettent de reconnaître la spécificité de ce travailleur et la nécessité de mieux le protéger.

Du point de vue des rapports collectifs, certes les tribunaux administratifs québécois demeurent sensibles à une interprétation libérale du terme « employé », mais le Code du travail n'a toujours pas introduit¹³³ de façon explicite la notion d'entrepreneur dépendant, pas plus qu'il n'existe de dispositions spécifiques destinées au travailleur à domicile. Par contre, incidemment la récente réforme du Code du travail¹³⁴ pourrait ouvrir une avenue possible, certes marginale en termes de protection. Elle offre la possibilité au syndicat de

¹³⁰ La doctrine considère que la Partie 3 du Code canadien du travail « Durée normale du travail, salaire, congés et jours fériés » s'appliquerait à l'entrepreneur dépendant bien qu'elle soit silencieuse sur le sujet, voir à ce propos, S. BRAULT, D. LAVERY, J. DESPATIS, M. GAMACHE, *op. cit.*, note 114, p. 14-16.

¹³¹ Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 3 c).

¹³² Ronald M. SNYDER, The 2001 Annotated Canada Labour Code, Toronto, Carswell, 2001, 978 p., sous l'art. 3(1) (italique dans le texte).

¹³³ L'occasion a été récemment encore perdue lors de la réforme du Code du travail.

¹³⁴ Projet de loi 31, Loi modifiant le Code du Travail, instituant la Commission des Relations de Travail et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 2001, C.26, art. 222.

contester un nouveau mode d'exploitation décidé par l'employeur ayant pour conséquence « de modifier le statut d'un salarié, visé par une accréditation¹³⁵ ou une requête en accréditation, en celui d'entrepreneur non salarié »¹³⁶. On peut penser que cette disposition sera au service de ces travailleurs qui, souvent, sous le couvert de travailleurs autonomes, dûment constitués en entreprise, échappent ou se détournent du bénéfice des rapports collectifs de travail. Cette nouvelle disposition se rapproche en partie du devoir de consultation imposé à l'employeur français¹³⁷. Ceci étant, malgré la tendance jurisprudentielle¹³⁸ majoritaire qualifiée de « souple »¹³⁹ à l'égard de l'octroi du statut de salarié, la question de l'intégration des travailleurs à domicile dans **l'unité d'accréditation** demeure une question controversée¹⁴⁰ en droit des rapports collectifs de travail québécois. Le rapport Bernier soulignait que leur isolement pouvait compromettre leur participation à la vie syndicale¹⁴¹.

¹³⁵ L'accréditation est la procédure qui reconnaît à une association qui a su démontrer son caractère représentatif (elle a recueillie les voix de la majorité absolue de salariés qu'elle désire représenter), le pouvoir de représenter, de façon exclusive, les salariés ou le groupe de salariés d'un employeur aux fins de négociation collective.

¹³⁶ Art. 11 de la Loi modifiant le Code du Travail, instituant la Commission des Relations de Travail et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 2001, C. 26, art. 20.0.1 nouveau.

¹³⁷ Au terme de l'article L. 432-1 du Code du travail, rappelons que l'employeur qui envisage dorénavant de faire faire certains travaux à domicile auparavant effectués en entreprise doit obligatoirement consulter le Comité d'entreprise dans la mesure où cette décision est susceptible d'affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel.

¹³⁸ Syndicat canadien de la fonction publique section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec, [1997] C.T. 328, confirmée par, Syndicat de la fonction publique du Québec c. Syndicat canadien de la fonction publique section locale 1573, précité, note 115.

¹³⁹ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIERE, Le droit de l'emploi au Québec, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, p. 893, § IV-65.

¹⁴⁰ Même si la lettre et l'esprit du Code du travail invitent à encourager la syndicalisation des salariés. Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, local 535 c. Transport Sonar inc., [1989] T.T. 137, p. 141.

¹⁴¹ J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, op. cit., note 105, p. 478 et suiv.

Du point de vue de la Loi sur les décrets des conventions collectives¹⁴² la définition retenue est très large :

« « Salarié » signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement ou en équipe ou en société »

La jurisprudence retient au sens de l'article 1j) que les travailleuses à domicile sont des salariées à moins que l'employeur ne prouve le contraire. « De plus, en l'absence de preuves établissant que ces travailleuses assumaient le risque de l'entreprise », l'arrêt de la Cour d'appel¹⁴³ conclut qu'elles sont des artisans et non des entrepreneurs. La portée de cette définition légale est importante et significative de l'importance que revêt une meilleure protection de ces travailleurs. En ce sens, l'objectif retenu ici rejoint en partie les préoccupations du législateur français. Toutefois, d'un point de vue pratique, la portée de cette définition et l'alignement sur le droit français doivent être relativisés puisque, depuis plusieurs années, les décrets issus de cette loi disparaissent du paysage juridique québécois. Par conséquent, les chances de développement et de meilleure protection des travailleurs à domicile par le biais de cette législation sont illusoires.

En conséquence, la qualification du travailleur à domicile s'appuie essentiellement sur la jurisprudence et son réalisme. Le travailleur à domicile reste fondu dans la catégorie des travailleurs salariés et cette absence de prise en considération plus spécifique emporte des conséquences importantes sur l'accès à certains mécanismes de protection issus du droit commun du travail.

¹⁴² Loi sur les décrets des conventions collectives, L.R.Q., c. D-2, art. 1j).

¹⁴³ Confection Coger inc. c. Comité paritaire du vêtement pour Dames, D.T.E. 86T27 (C.A.).

(2) Le travailleur à domicile et le droit protecteur applicable¹⁴⁴

L'accès à la législation du travail québécoise et fédérale pour le travailleur à domicile est loin d'être assuré en raison principalement de l'inadéquation de certaines normes du travail et de l'inadaptation de structures collectives du travail à sa réalité.

En ce qui a trait aux rapports individuels de travail, plusieurs questions se posent. Le travailleur à domicile en raison du déroulé de son activité, loin de la zone de contrôle immédiate du donneur d'ouvrage, bénéficie-t-il des dispositions relatives aux heures de travail, aux congés, au calcul des heures supplémentaires? Vers qui sont acheminés les coûts relatifs au travail à domicile (frais d'électricité, de téléphone, achat du matériel)? Sur ces questions la législation française prévoit des dispositions spécifiques, mais quelles sont les réponses apportées par la législation québécoise? Seuls les points saillants seront mis en évidence.

Quant au respect du salaire minimum, la Loi sur les normes du travail indique à l'article 40 qu'un salaire minimum est déterminé par voie réglementaire. En vertu de ce règlement, l'article 2 énonce que « le salaire minimum (...) ne s'applique pas aux salariés suivants : (...) 4^e le salarié entièrement rémunéré à commission qui travaille dans une activité à caractère commercial en dehors de l'établissement et dont les heures sont incontrôlables ». La situation, telle que décrite dans le texte, vise les cas où l'employeur ne dispose d'aucun contrôle sur le temps accordé au travail. Par exemple, pour un traducteur qui travaille à domicile, on peut penser que l'exigence de la tenue de fiches de temps peut être considérée comme un contrôle. Le traducteur étant rémunéré à la pièce, soit au mot

¹⁴⁴ Voir pour un exposé exhaustif de la question pan canadienne, la recherche de S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, op. cit., note 93.

traduit, le texte peut être acheminé par l'employeur avec un décompte du nombre de mots à traduire. Ainsi, selon le degré de difficulté du texte, selon le domaine de spécialisation touché ou encore de l'expertise du traducteur, une moyenne de mots par traducteur pourra être établie et l'employeur ou le donneur d'ouvrage déterminera approximativement le nombre d'heures passées. C'est d'ailleurs sur ces deux paramètres que s'appuie la législation française. Elle combine à la fois le temps pour effectuer le travail demandé en plus du montant du salaire horaire. Le résultat de ce ratio donne la rémunération du travailleur à domicile (art. L. 721-9 et art. L. 721-16). Pour faciliter les choses, les temps d'exécution peuvent être déterminés par voie conventionnelle¹⁴⁵. Par contre, dans le cas du travail à la pièce et vu l'absence de dispositions prévues à cet effet par les parties, la jurisprudence a établi un mode de calcul. Elle fixe un équivalent horaire avec le nombre de pièces effectuées qui permettra de vérifier si oui ou non le salaire minimum a été respecté. C'est cette solution qui a été adoptée par d'autres provinces canadiennes¹⁴⁶.

Cette disposition, par les modalités de travail décrites, vise le travailleur à domicile. Au surplus, elle s'accorde avec le paragraphe 4 de l'article 54 de la L.N.T. qui exclut du paiement les heures supplémentaires au salarié qui « travaille en dehors de l'établissement et dont les heures sont incontrôlables ». Le caractère cumulatif de l'énoncé indique qu'outre le fait de travailler en dehors de l'établissement il faut que l'employeur soit dans l'impossibilité de contrôler les heures¹⁴⁷. Corrélativement se pose la question du paiement des heures supplémentaires. Mais ce n'est pas là le seul risque d'évasion des normes du travail que le travailleur subira. Le salaire et le calcul des heures de travail agissent à titre de barème dans l'octroi des bénéfices sociaux. Par voie de conséquence, le travailleur à

¹⁴⁵ Bien qu'en pratique, ce recours reste peu utilisé.

¹⁴⁶ Voir à cet effet S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, *op. cit.*, note 93, p. 55, note 31.

¹⁴⁷ Il ne suffit pas pour cela que le contrôle soit seulement difficile, voir Loi sur les normes du travail, Règlement sur les normes du travail, Loi sur la fête nationale, Interprétation et Jurisprudence, 9^e éd., Québec, Commission des Normes du Travail, 1998, p. 49-50; N.-A. BÉLIVEAU, *op. cit.*, note 98, p. 118.

domicile peut se trouver pénalisé quant aux prestations d'assurance emploi¹⁴⁸, de congés de maternité et parental, ou encore d'indemnisation en cas de lésion professionnelle, mais aussi d'indemnité de congé annuel. Les répercussions sont donc importantes et ne trouvent pas ici de réponses appropriées. On pourrait ainsi étendre le même questionnement aux périodes de repos (art. 78 de la L.N.T.) et aux dépenses reliées au travail à domicile¹⁴⁹.

Au registre de la santé et de la sécurité du travail, outre le caractère spécifique des risques en matière d'accidents ou de maladies, il n'existe pas au Québec de dispositions propres au travail à domicile. Tout au plus la loi prévoit des droits généraux (art. 9 L.S.S.T.) pour les travailleurs, soit le droit à des conditions de travail sécuritaires ainsi que des droits plus spécifiques tels que le droit de refus (art. 12) ou encore le droit au retrait préventif (art. 32 et 40 et suivants de la L.S.S.T.). Le « travailleur » au sens de la L.S.S.T. exclut, selon la doctrine, l'entrepreneur dépendant. Cette exclusion tient au fait que « la définition du mot « travailleur » dans cette loi est restrictive exigeant un lien contractuel exprès de louage de services personnels strictement assimilé à la notion de contrat de louage de services personnels du Code civil »¹⁵⁰. Par conséquent, les auteurs soutiennent que l'entrepreneur dépendant au même titre que l'entrepreneur indépendant est assujetti aux obligations de l'employeur, et ce, conformément à l'article 7 de la L.S.S.T.¹⁵¹. Par contre,

¹⁴⁸ Loi concernant l'assurance-emploi au Canada, L.R.Q., 1996, ch. 23 E-5.6.

L'octroi des prestations s'effectue en vertu d'un régime fondé sur la rémunération globale et le nombre total d'heures de travail comptabilisées. La norme minimale d'admissibilité au bénéfice des prestations est exprimée en heures.

¹⁴⁹ À une exception près, qui sera analysée plus loin, les législations québécoise et fédérale sont silencieuses sur le sujet. Tandis qu'en Ontario le législateur prévoit une enveloppe de 10 % du salaire minimum général et la France sur ce même registre prévoit des frais d'atelier qui en général sont déterminés au pourcentage du tarif d'exécution du travail demandé.

¹⁵⁰ S. BRAULT, D. LAVERY, J. DESPATIS, M. GAMACHE, *op. cit.*, note 114, p. 44.

¹⁵¹ Loi sur la Santé et Sécurité au Travail, L.R.Q., c. S-2.1, art. 7 : « Une personne physique faisant affaires pour son propre compte, qui exécute, pour autrui et sans l'aide de travailleurs, des travaux sur un lieu de

une fois inscrit, par ses soins, auprès de la Commission de la santé et sécurité du travail, ce dernier bénéficie des indemnités en cas de lésion professionnelle, ce qui constitue aux yeux de la doctrine « un manque d'uniformité entre les deux lois »¹⁵².

Enfin, lorsque l'entrepreneur dépendant travaille pour une entreprise du secteur privé, soumis à la compétence fédérale, il bénéficie de la loi provinciale sur les accidents du travail et des maladies professionnelles, dans la mesure où il est assimilé à un salarié ou bien, s'il est inscrit auprès de la C.S.S.T.

En conclusion, compte tenu de l'absence répétée de législation spécifique traitant du travail à domicile, **le recours à la notion d'entrepreneur dépendant peut être dans certaines situations, où la qualification de salarié s'avère moins évidente, d'un concours précieux.** La situation pour les travailleurs à domicile n'est cependant pas optimale.

Une autre question est soulevée du point de vue des **rapports collectifs de travail**. Quel est l'accès des travailleurs à domicile à la syndicalisation? La question a toute sa place compte tenu de l'état instable de la jurisprudence sur cet aspect, et ce, en dehors de la qualification de ces travailleurs comme salarié ou entrepreneur indépendant. Dans une décision en date du 3 juillet 1996, le commissaire du travail rejette une requête en accréditation à la faveur de plusieurs travailleuses à domicile, lesquelles décoraient des flacons à domicile pour le compte de la division de fabrication et de l'embouteillage. Pour fonder sa décision, le commissaire invoque qu'au-delà de la question de savoir si les

travail où se trouvent des travailleurs, est tenue aux obligations imposées à un travailleur en vertu de la présente loi et des règlements.

De plus, elle doit alors se conformer aux obligations que cette loi ou les règlements imposent à un employeur en ce qui concerne les produits, procédés, équipements, matériels, contaminants ou matières dangereuses (...) ».

¹⁵² S. BRAULT, D. LAVERY, J. DESPATIS, M. GAMACHE, *op. cit.*, note 114, p. 44; Loi sur la Santé et Sécurité au Travail, L.R.Q., c. S-2.1, art. 7.

travailleuses sont des salariées ou des travailleuses autonomes, « leurs conditions de travail sont tellement différentes qu'elles **n'ont pas d'intérêt commun** avec les autres salariés »¹⁵³. L'unité « appropriée » doit correspondre effectivement à un certain nombre de critères jurisprudentiels¹⁵⁴ qui peuvent constituer un obstacle redoutable pour les travailleurs à domicile comme, par exemple, la cohérence du groupe. Ce point s'explique assez bien compte tenu du particularisme de leurs conditions de travail qui, sont différentes de celles offertes aux travailleurs salariés, et ce, malgré l'identité parfois des tâches à effectuer.

Un récent exemple pourrait tour à tour rassurer et inquiéter. C'est le cas des déboires des éducatrices en milieu familial auxquelles la législation a soustrait le droit d'association¹⁵⁵. De façon plus globale, l'exercice du droit d'association pour l'ensemble de ces travailleurs n'est pas une chose aisée¹⁵⁶. C'est à tout le moins la conclusion dressée par une étude récente au sujet des télétravailleurs¹⁵⁷.

La question de l'organisation du travail, de la fourniture des outils, de la formation, du respect des règles en matière de santé et sécurité et encore d'autres éléments suffisent à expliquer la distanciation de leurs intérêts par rapport aux salariés de droit commun.

¹⁵³ Syndicat des travailleuses et travailleurs Dans un jardin et Boutique Dans un jardin Canada inc., D.T.E. 96T1110 (C.T.) (nous mettons en gras).

¹⁵⁴ À titre d'exemple : 1) La cohérence du groupe au sein du milieu de travail; 2) les expériences dans les milieux industriels et professionnels similaires; 3) le choix du requérant; 4) la structure organisationnelle de l'entreprise; 5) la paix industrielle.

¹⁵⁵ Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, Projet de loi C-13, adopté le 17 déc. 2003, 1^{ère} session, 37^e législature.

¹⁵⁶ Par opposition du moins formelle avec la situation française (art. L. 721-6 al. 2).

¹⁵⁷ Rachel COX, Jacques DESMARAIS, Katherine LIPPEL, Les enjeux juridiques du télétravail au Québec, Coll. Recherches et études de cas, Centre francophone d'informatisation des organisations (C.E.F.R.I.O.), Montréal, 2001, 144 pages, p. 16 et 17.

Une des causes à l'échec dans la réalisation d'une vie collective pour ces travailleurs est la difficulté à « identifier et retracer les travailleuses et travailleurs à domicile sans la participation de l'employeur »¹⁵⁸. Pour encourager le rapprochement entre les travailleurs distancés du lieu de production, le Code canadien du travail a adopté¹⁵⁹ une disposition novatrice en instaurant au bénéfice du travailleur à distance, un mode de communication avec le syndicat dans le cadre d'activités particulières¹⁶⁰. À ce jour, aucune disposition semblable n'existe au niveau provincial.

Au terme de la question de l'assujettissement des travailleurs à domicile au droit des rapports collectifs, il apparaît qu'outre les aléas de la qualification juridique du contrat en tant que contrat de travail, question qui ne lui est pas spécifique, se surajoute la difficulté pour ces travailleurs à joindre les rangs d'une unité d'accréditation. Le modèle de négociation collective très décentralisé ne semble pas particulièrement adapté à cette forme de travail. C'est en ce sens que certains secteurs d'activités, tels que le secteur de la construction ou encore celui du vêtement, se sont tournés vers des modes de négociation élargis pour justement échapper à l'obstacle que constituait le mode traditionnel de négociation. Selon les recommandations d'une étude récente¹⁶¹, ce serait là une avenue possible. Pourtant l'abrogation récente des décrets dans le secteur du vêtement laisse à penser que la conjoncture n'est pas favorable à un tel remède. Là encore, on peut observer une certaine rupture entre la France et le Canada, puisque le Code du travail français accorde aux travailleurs à domicile le loisir de se grouper librement en syndicats professionnels avec des « personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou

¹⁵⁸ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, *op. cit.*, note 93, p. 148.

¹⁵⁹ Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 109.1 « (1) Sur demande d'un syndicat, le Conseil peut, par ordonnance, exiger de l'employeur qu'il lui remette (...) les noms et adresses des employés dont le lieu de travail habituel ne fait pas partie des locaux appartenant à leur employeur (...) et autoriser le syndicat à communiquer avec eux, notamment par un moyen électronique(...) ». ».

¹⁶⁰ Voir à ce propos, Urwana COIQUAUD, Le régime juridique des nouvelles formes de travail, Ottawa, Document de travail, 1998, D.R.H.C., 85 p., p. 31.

¹⁶¹ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, L. LAMARCHE, *op. cit.*, note 93, p. 159.

des métiers connexes »¹⁶². Il s'agit là d'un levier essentiel pour dépasser les obstacles à l'élaboration d'un régime protecteur pour les travailleurs dépendants.

(3) L'exemple du travail à domicile dans le secteur du vêtement : une législation spéciale en voie de disparition

Le cas de l'industrie du vêtement fournit au Québec un cas intéressant pour l'étude du travail à domicile quoique mal stabilisé pour l'avenir. Après avoir examiné le contexte (a), nous traiterons des dispositions novatrices qui étaient contenues au décret (b).

(a) Le contexte

Le 11 novembre 1999, l'Assemblée Nationale du Québec a sanctionné un projet de loi autorisant le gouvernement à édicter par règlement les normes du travail applicables aux employeurs assujettis aux décrets. En effet, depuis de nombreuses années, l'industrie du vêtement était chapeautée par une série de quatre décrets¹⁶³ ayant pour objet la réglementation fractionnée de ce secteur. Dans un but d'allègement réglementaire et

¹⁶² Art. L. 411-2.

¹⁶³ Tout d'abord, le Décret sur l'industrie de la chemise pour hommes et garçons, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 11; le Décret sur l'industrie de la confection pour dames, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 26; Décret sur l'industrie de la confection pour hommes, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 27; et enfin le Décret sur l'industrie du gant de cuir, R.R.Q., 1981, c. D-2, r. 32.

d'assainissement fiscal de l'industrie, le gouvernement a entrepris de fixer, pendant une période transitoire, des conditions minimales de travail inscrites dans la Loi sur les normes du travail afin d'aboutir après consultation à « un tronc commun »¹⁶⁴ de conditions de travail et d'éliminer le système existant « à quatre vitesses ». À la fin de cette période transitoire, des normes sectorielles permanentes seront applicables aux quatre secteurs dans l'industrie du vêtement. De façon simplifiée, bien que cette situation devrait être régularisée en 2006, les travailleurs visés par les secteurs de l'industrie sont actuellement à la fois assujettis aux anciens décrets et à des dispositions transitoires généralisées aux quatre secteurs contenues dans la Loi sur les normes du travail. Ceci étant, quelques secteurs de l'industrie ont montré le chemin en matière de travail à domicile.

(b) Quelques dispositions novatrices issues des décrets

Sans rentrer dans le détail du contenu du Décret sur l'industrie de la confection pour dames¹⁶⁵, l'intérêt de cette réglementation est d'aborder directement la question du travail à domicile et surtout de répondre aux besoins de protection spécifiques et aux formes de dépendances générées par cette modalité de travail. C'est la seule disposition au Québec qui prévoit tout comme l'Ontario une majoration du salaire¹⁶⁶ dévolue à ces travailleurs. Les modalités de l'organisation du travail dictée par l'employeur soit la fourniture de matières premières, telle que le fil ou encore l'obligation imposée par ce dernier de fournir un échantillon du vêtement, sont des éléments qui facilitent la qualification du contrat. Déjà dans l'énumération de ces modalités de travail, le statut d'entrepreneur indépendant semble

¹⁶⁴ Commission permanente de l'économie et du Travail, Les travaux parlementaires 36^e législateur, 2^e session, Journal des débats, Industrie du Vêtement, Projet de loi 46, Propos de Madame Gélinas de l'Association des contracteurs en couture du Québec, Audition publique, CET-44 :1-43, cahier n° 44, 29 novembre 2001.

¹⁶⁵ R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 26

¹⁶⁶ Art. 15.

écarté, car le travailleur ne fournit pas la matière première et l'échantillon délivré par l'employeur constitue un indice de contrôle de l'employeur sur la façon de faire.

Un autre élément est celui de l'obligation de l'employeur de consigner une série de renseignements relatifs aux travailleurs à domicile. En effet, les employeurs anciennement assujettis au Décret sur l'industrie du gant de cuir¹⁶⁷ étaient tenus d'inscrire une liste de renseignements obligatoires sur les modalités de travail, de rémunération et de livraison du travailleur à domicile. La carte d'enregistrement du travailleur à domicile devait être adressée à la Commission de normes du travail de même qu'un échantillon de chaque modèle de vêtement à réaliser.

Ces mesures, certes lourdes, contribuaient à une meilleure protection des travailleurs à domicile au Québec et se rapprochent de façon plus évidente du modèle français. Il est un point avantageux de cette réglementation sectorielle, c'est la prise en considération spécifique des zones de dépendance relatives à ce type de travail afin d'asseoir un régime juridique réaliste et fonctionnel pour les travailleurs à domicile. À cet égard, rien ne dit que la période de concertation laissée aux intervenants n'aboutisse pas pour l'avenir à ce type de dispositions et contribue à les généraliser à l'ensemble des métiers de l'industrie et même au-delà.

* * *

En conclusion, au Québec, le travailleur à domicile ne bénéficie pas d'aménagements particuliers à une exception près, ceux prévus par décret. Le plus souvent le travailleur à domicile trouvera, s'il le peut, refuge sous le concept d'entrepreneur dépendant et bénéficiera en conséquence des mêmes avantages que le salarié de droit commun. Cette situation contraste avec celle de la France où très tôt le travail à domicile a bénéficié d'une prise de conscience aiguë de la part du législateur et donné naissance à une

¹⁶⁷ R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 32.

série de lois spécifiques. Ces lois successives ont en points communs de mettre en place un statut singulier très largement inspiré du droit du travail et d'octroyer une contrepartie protectrice à leur dépendance économique.

Aux fins de notre étude deux constats peuvent être tirés de ces analyses. Le travail à domicile a révélé l'impuissance relative du critère de subordination juridique à s'accaparer, de son seul fait, cette situation de travail. En outre les traitements à ce jour administrés dans chaque système national sont insatisfaisants.

L'analyse française démontre ainsi le caractère artificiel du rattachement du travailleur à domicile au droit du travail puisqu'elle dispense la recherche d'un lien de subordination juridique pour l'attribution du statut et place la dépendance économique au rang des critères d'ouverture. Au Québec, l'élargissement du concept de salarié au profit de l'entrepreneur dépendant, même s'il offre un certain recours pour le travailleur à domicile, ne répond qu'imparfaitement à leurs besoins en plus de souffrir du caractère compartimenté ou autonome des lois.

Sur le plan normatif, la législation française a fait preuve d'un certain réalisme en tentant d'accorder un régime protecteur au travailleur à domicile malgré les manifestations importantes d'indépendances dans leur travail. Parmi elles, l'emplacement géographique qui a longtemps servi de « rempart » à l'application du droit du travail et qui est grâce à ce régime levé, la question également de l'exécution personnelle qui a été appliquée avec plus de souplesse puisque le travailleur à domicile peut bénéficier d'une aide temporaire sans pour autant perdre son statut ou encore le fait de travailler pour plusieurs donneurs d'ordre qui n'évacue nullement le travailleur des bénéfices du régime.

Cette position, si généreuse soit-elle, ne laisse pas le régime français exempt de critiques. On a vu que plusieurs aspects spécifiques au travail à domicile sont peu ou mal pris en considération et sur ce point les critiques rejoignent celles formulées pour le Québec. Par exemple, dès que le travailleur à domicile n'est plus tout à fait captif d'un donneur

d'ouvrage et que l'on constate de sa part une certaine maîtrise du marché ou encore qu'il œuvre pour le consommateur, il perdra le bénéfice de ce statut spécifique *a fortiori* celui du salariat. En outre, le télétravail qui symbolise le déplacement géographique du XXI^e siècle n'est pas, voire mal, pris en considération dans chacune des législations. Si la France offre un régime spécifique qui doit être revu à la lumière des mutations du travail, le Québec réclame de façon urgente une adaptation de ses lois. Au mieux, le travailleur à domicile au Québec bénéficiera d'un régime propre au travailleur salarié, mais la question de l'applicabilité des normes du travail à cette réalité, la question engendrée par la pluralité des donneurs d'ouvrage et leur dépendance économique restent entières.

Ce premier chapitre a mis en lumière les conditions de travail et l'encadrement juridique du travail à domicile comme illustration possible du phénomène de l'indépendance dans la dépendance. On a pu mettre en lumière une volonté certaine de dompter l'indépendance en l'incorporant à la dépendance. Ces observations seront étendues au contrat de louage et plus particulièrement au statut de travail des chauffeurs de taxi non propriétaires.

CHAPITRE 2 - DU CONTRAT DE LOUAGE DE CHOSES AU CONTRAT DE TRAVAIL : LE CAS DES CHAUFFEURS LOCATAIRES DE TAXI

Les caractères distinctifs¹ entre le contrat de travail et le contrat de louage semblent a priori évidents. Tandis que le premier a pour objet la mise à disposition d'une force de travail par le salarié, le second assure dans le cadre de l'industrie du taxi la jouissance d'un bien (l'automobile) au profit du locataire. Toutefois, lorsque le contrat de louage n'a plus seulement pour objet de louer un bien et que les parties décident d'y incorporer d'autres prestations (par exemple, l'entretien du véhicule à effectuer) ou bien des obligations spécifiques, la nature juridique du contrat de louage n'est plus aussi évidente à déterminer.

Pour démêler cette situation, Philippe Delebecque propose un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il faut tenter d'appliquer la locution latine « *accessorium sequitur principale* »² à la situation contractuelle : « Lorsque que l'on peut établir un rapport de principal à accessoire entre la mise à disposition de la chose [la voiture] et de la prestation de service [accompagner un client], la qualification s'opère au profit du principal. »³. Mais ici l'objet (louer une voiture équipée taxi) se confond avec la cause du contrat (véhiculer des clients), d'où l'importance d'un second critère, soit l'indépendance laissée au client (locataire) dans la jouissance de la chose mise à sa disposition.

¹ Bien que cette partie présente de façon générale la distinction entre le contrat de travail et le contrat de louage de chose, les illustrations présentées relèvent spécifiquement du l'industrie du taxi que nous abordons plus spécifiquement après.

² Philippe DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, coll. « Connaissance du droit », Paris, éd. Dalloz, 1993, p. 14.

³ Id.

Si l'on se place dans la perspective du locataire et que ce dernier dispose d'une latitude suffisante pour diriger la chose, le contrat s'analyse comme un contrat de louage et dans le cas inverse, on est en présence d'un contrat de travail.

Maintenant, si l'on se place dans la perspective du chauffeur de taxi, la nature juridique du contrat qui le lie à la société de taxi peut résulter d'un contrat de service jumelé à un contrat de louage ou encore d'un contrat de travail. En ce domaine, la requalification du contrat de louage en contrat de travail va au-delà d'un simple manque d'indépendance laissé au locataire, il s'agit d'un contrôle significatif du locateur sur la jouissance de la chose (la voiture) au point de restreindre le libre arbitre du locataire. Ainsi, la requalification du contrat de louage en contrat de travail nécessite outre un contrôle exercé sur la chose louée, un contrôle sur la personne du locataire. Cela étant pour distinguer le contrat de louage du contrat d'entreprise, le rapport entre l'accessoire et le principal et le degré d'indépendance laissé au client dans la jouissance de la chose sont deux éléments à considérer.

L'importation du contrat de louage de chose dans la sphère du droit du travail a été rendue possible dans le cas des chauffeurs de taxis. Il semble cependant que la structure organisationnelle retenue par l'industrie du taxi n'est pas assez déterminante tant au Québec qu'en France pour délimiter immédiatement la structure et la forme juridique de la relation et pour s'assurer de sa qualification. Dans un premier temps, nous présenterons l'industrie et son mode d'organisation et de fonctionnement (**Section 1**) et nous nous attacherons ensuite à analyser à travers un de ces modes d'organisation et de fonctionnement, le contrat de louage, les formes particulières de dépendance auxquelles peut être soumise une partie des acteurs de cette industrie (**Section 2**).

Section 1- La structuration de l'industrie du taxi : les acteurs de l'industrie du taxi

Autrefois cochers, aujourd'hui chauffeurs de taxi, ces travailleurs appartiennent à une industrie qui s'est complexifiée. En France, quatre acteurs la composent : les artisans propriétaires, ceux membres d'une coopérative, les salariés ou encore les locataires d'un véhicule équipé à cet effet. Les deux dernières catégories ont en commun d'être liées par contrat à un propriétaire de véhicule de place⁴.

Au Québec⁵, une situation semblable se présente. Il y a les propriétaires indépendants qui possèdent en propre leur voiture. Ils travaillent durant la semaine et, lors des congés ou des jours de repos, leur voiture se transforme en véhicule familial. Ces travailleurs ne posent pas de problèmes particuliers dans la mesure où la qualité et la fréquence de leur travail sont guidées seulement par leurs besoins. Une grande liberté d'action les caractérise. En dehors des chauffeurs propriétaires indépendants, il existe les chauffeurs de taxi salariés, mais en faible nombre. Plus nombreux, sont ceux qui s'inscrivent dans un réseau complexe d'intervenants en qualité de chauffeurs non propriétaires munis d'un permis. De plus, ils représentent près de 70 % des chauffeurs de

⁴ Antoine Jeammaud souligne la part de chacun. Les salariés étant en minorité (2 500 à Paris) par rapport aux locataires (entre 5 000 et 8 000), dans Antoine JEAMMAUD « L'avenir sauvegardé de la qualification du contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », (2001) 3 Droit social 227-238; voir également Sandrine FOULON, « Les forçats du taxi, faux locataires mais vrais salariés » (2001) Avril Liaisons sociales magazine 56-58.

⁵ Nous tenons ici à remercier Madame Brigitte Boudrault, du Bureau de taxi de Montréal qui a bien voulu nous accorder un entretien afin de préciser certains aspects du fonctionnement de l'industrie pour la Communauté urbaine de Montréal au Québec.

taxi toutes catégories confondues au Québec⁶. Ce sont précisément ces chauffeurs qui nous intéressent puisqu'ils sont titulaires d'un contrat de louage, et qu'en France c'est cette catégorie a fait l'objet, de deux récentes décisions judiciaires pour lesquelles une requalification au profit du contrat de travail a été retenue. Ceci étant, avant d'entreprendre l'analyse juridique, il faut expliciter le mode de fonctionnement de cette catégorie de chauffeurs locataires.

Le chauffeur loue un véhicule à un propriétaire de parc de taxis pour un certain nombre d'heures et paie un loyer. Le propriétaire ou le locataire retient les services d'une « compagnie de taxis »⁷. Celle-ci offre les services de répartition, soit la réception des appels et leur acheminement aux voitures du propriétaire. Elle fait la promotion auprès du public de ses services en publicisant son nom. Chaque véhicule couvert par cette offre de services porte les couleurs et le nom de l'entreprise clairement identifiés sur le lanternon. En France⁸, le locataire se charge lui-même de requérir les services dudit fournisseur de services moyennant l'autorisation écrite du locateur, tandis qu'au Québec, ce service est majoritairement inclus dans la location. Le propriétaire, bénéficiaire des services, propose alors à son tour en location des véhicules équipés de services qui, selon la renommée du fournisseur du service, engendreront un loyer plus ou moins élevé pour le chauffeur non propriétaire. La visibilité éprouvée d'un intermédiaire attire en effet davantage le public vers certains taxis. Cette réalité est d'autant plus palpable avec la privatisation accrue des

⁶ Chantale LAGACÉ, Alexis ROBIN-BRISEBOIS, avec la collaboration de Emmanuelle TASSÉ, Travail indépendant et rapports collectifs de travail. Étude de six regroupements de travailleurs indépendants. Montréal, INRS-Urbanisation, Culture et Société, janvier 2004, 147 p., p. 57.

⁷ **L'intermédiaire de services de transport en taxi** au Québec, dans La Loi concernant les services de transport par taxi, 2001, c.15, art. 32 (ci-après citée « L.S.T.T. »); **la société de locations de taxi** en France (cf. S. FOULON, loc. cit., note 4, 56-58) ou plus précisément le **propriétaire d'«automobiles de place** » qui exploite un parc d'automobiles : A. JEAMMAUD, loc. cit., note 4, 228.

⁸ « **Obligation du locataire** : Le locataire s'oblige, envers le Locateur à : (...) 27- requérir l'autorisation écrite du Locateur pour tout équipement radio récepteur émetteur du véhicule loué, équipement dont, à tous égards,

postes de taxi au Québec. Ce sont des emplacements que l'entreprise de services achète auprès d'un hôtel ou d'un supermarché par exemple, en échange de quoi elle obtient l'exclusivité de la clientèle desdites entreprises et en fait bénéficier les chauffeurs locataires. Mais « [l]a facture est refilée aux chauffeurs qui voient leur cotisation (...) augmenter »⁹. Au total, la prestation d'une course en taxi est donc la combinaison de trois contrats exercés successivement, un contrat de louage et deux contrats de service.

La récente décision de la Cour de cassation en France est venue requalifier un contrat de location d'un véhicule équipé taxi en contrat de travail. À la lumière de cette décision, il y a lieu de s'interroger sur la nature des liens établis entre l'entrepreneur chauffeur de taxi non propriétaire et les autres acteurs. Le chauffeur, une fois son véhicule loué, dispose d'une certaine autonomie, mais **les conditions du contrat de louage peuvent affecter le degré d'indépendance laissée au chauffeur** à un point tel que la requalification du contrat de louage en contrat de travail s'impose. C'est à tout le moins la conclusion à laquelle la Cour de cassation¹⁰ a abouti après une série de décisions rendues sur cette question. La situation a en revanche été analysée avec beaucoup plus de réserves au Canada. Ainsi, en 1989, la Cour suprême du Canada a réfuté le statut de salarié au chauffeur locataire, érigeant un obstacle majeur à une évolution proche de celle observée en France.

Pourtant, le chauffeur de taxi non propriétaire supporte **un risque économique important attaché au patrimoine** sur lequel pourtant **il n'a aucune maîtrise réelle ni forme de propriété ou d'appartenance**. Dans le cas du chauffeur non propriétaire, hormis sa licence de taxi, la propriété du véhicule ne peut lui servir d'assurance puisqu'il n'en

le Locataire fera son affaire personnelle. » extrait d'un contrat de location d'un véhicule équipé taxi, dans Françoise CHAMPAUX, « Les taxis de la marge » (2000) 1011 Chr. Semaine sociale Lamy 10.

⁹ STEELWORKERS, MÉTALLOS, Communiqué en date du 16 avril 2004, disponible sur le site : <http://www.uswa.ca>

¹⁰ Série de deux arrêts : Cass. soc. 19 déc. 2000, n° du pourvoi 98-40572 (affaire Labbane); Cass. soc. 19 déc. 2000, n° du pourvoi 98-40575 (affaire Hatem) qui ont suivi le premier arrêt rendu en la matière : Cass. soc. 17 avril 1991, n° du pourvoi 88-40121, Bull.civ. V. n° 200.

possède ni les attributs ni les privilèges hormis la jouissance. Il doit, par conséquence, seul contrer les risques reliés à son activité économique et parer à la protection de son travail donc de lui-même; il est donc particulièrement vulnérable.

Section 2 - La dépendance et les conditions de travail pour les chauffeurs non propriétaires

Les travailleurs les plus sensibles aux questions de dépendance sont ceux qui ne possèdent pas leur outil de travail, le véhicule, mais qui le louent auprès d'une entreprise propriétaire d'un parc d'automobiles affecté à cet usage. Le schéma contractuel se complexifie puisque, par exemple au Québec, l'entreprise propriétaire des véhicules retient les prestations d'une entreprise de services afin de rendre fonctionnels les véhicules équipés taxi qu'elle donnera en location. Compte tenu des liens entretenus entre l'entreprise de services et le propriétaire, il convient de déterminer la véritable nature juridique du contrat du chauffeur non propriétaire.

Cet enchevêtrement des contrats introduit dans les faits une forme de **dépendance pour le chauffeur non propriétaire** *a fortiori* si le contrat de louage combine, comme c'est le cas en France, la location et d'autres sujétions imposées par le locateur au locataire. C'est cette particularité qui a conduit après dix ans de procédure judiciaire la Cour de cassation à requalifier le contrat de louage en contrat de travail¹¹. Si cette situation est spécifique à l'espèce, il n'en reste pas moins qu'elle permet de mettre en lumière la zone de dépendance propre aux chauffeurs de taxi locataires.

¹¹ Id.

On verra à cet effet que **la notion de dépendance économique** a joué un rôle important dans le processus de requalification (§-1). Ces nouveaux développements en France vont nous amener au Québec afin de mieux comprendre l'état du droit en ce domaine et plus particulièrement les liens contractuels parfois complexes entre les acteurs de cette industrie. De fait, on sera alors en mesure d'exprimer un avis sur le potentiel d'évolution de la situation québécoise. À partir d'une situation factuelle sensiblement identique d'un pays à l'autre, les solutions qui se dégagent à l'égard du statut du chauffeur locataire, sont de part et d'autre profondément contrastées. La dépendance vécue par les chauffeurs locataires tant au Québec qu'en France sera mise en évidence. Elle naît des relations complexes, inégales et déséquilibrées que les chauffeurs non propriétaires entretiennent avec les différents intervenants de l'industrie même si la Cour suprême du Canada contrairement à la Cour de cassation en France leur a refusé le statut de salarié (§-2).

§-1. L'état de dépendance du chauffeur de taxi locataire en France : l'arrêt Labbane pour la requalification d'un contrat de louage en contrat de travail

L'affaire Labbane¹² offre un bon exemple de la capacité de rapatrier les travailleurs, locataires d'un bien, apparemment indépendants, dans le giron du droit du travail. L'originalité de l'affaire tient en ce que la requalification du contrat de louage en contrat de travail fut motivée non par la nature du contrat lui-même mais par les effets et les conséquences potentiels du contenu du contrat de louage qui unit le chauffeur au propriétaire de parc de taxis.

¹² Cass. soc. 19 déc. 2000, précité, note 10.

Dans cette affaire, une société propriétaire de taxis loue un véhicule à Labbane aux fins d'exercice de sa profession. Suite à la résiliation du contrat de location, ce dernier intente une action en justice à l'encontre de la société de taxi. Il entend obtenir la requalification du contrat de louage en contrat de travail et une compensation pour le préjudice subi. Pour ce faire, il saisit la juridiction prud'homale puisqu'il estime être lié à la société propriétaire de taxis par un contrat de travail. Statuant sur contredit¹³, la Cour d'appel, en date du 24 septembre 1997, conclut effectivement à l'absence de lien de subordination juridique. Insatisfait, le chauffeur se pourvoit en cassation.

Dans ce contexte la question était donc de déterminer la véritable nature juridique du contrat passé entre le chauffeur et la société de taxi intitulé, « contrat de location d'un véhicule équipé taxi » afin de régler la question de la compétence juridictionnelle du conseil des prud'hommes.

La Cour de cassation, saisie du pourvoi, conclut que Labbane était lié à la société de taxi par un contrat de travail. Elle casse l'arrêt de la Cour d'appel au motif que « sous l'apparence d'un contrat de « véhicule taxi » était dissimulé un contrat de travail. ». Cette « (...) requalification (...) était loin d'être évidente. C'est cet obstacle que fait tomber la chambre sociale »¹⁴ souligne alors la doctrine pour exprimer la témérité de la solution ainsi dégagée. Le contenu de la *ratio decidendi* nécessite que l'on s'y penche pour analyser l'ensemble des conditions de travail du chauffeur relevées par la Cour (1) et pour souligner l'approche réaliste retenue quant à l'état de dépendance du chauffeur non propriétaire (2).

¹³ Art. 80 N.C.P.C.

¹⁴ F. CHAMPAUX, *loc. cit.*, note 8, 7-9.

*(1) Les conditions du contrat
de louage*

En l'espèce, le contrat de location en raison de sa rédaction ne laisse pas de doute quant à sa qualification juridique. Une clause du contrat¹⁵ stipulait explicitement **l'absence de lien de subordination juridique** entre les parties. Mais l'examen plus attentif des clauses allait aboutir à une toute autre conclusion. Scellé pour de courtes périodes, un mois, renouvelable, le contrat de louage comprenait outre la perception d'un loyer et d'un dépôt de garantie, l'énumération des responsabilités auxquelles le locataire était tenu, à savoir conserver et restituer le véhicule. En cas de défaillance du locataire, tel que le non respect des conditions convenues, le locateur se réservait la possibilité de résilier le contrat.

Au chapitre des obligations réciproques des parties, le contrat livre des enseignements précieux. Il prévoit, l'obligation pour le locataire d'utiliser **personnellement** et de façon exclusive le véhicule, de l'exploiter comme une personne raisonnable le ferait, de payer chaque semaine ses redevances. L'usage du véhicule est soumis également à plusieurs contraintes, celles de faire faire dans l'atelier du locateur une visite technique et d'entretien, et d'avertir le locateur sans délai en cas de panne ou de dysfonctionnement du véhicule, ainsi que de requérir son autorisation écrite pour l'ajout de l'équipement radio récepteur émetteur du véhicule loué. Le locataire est aussi tenu de maintenir son véhicule propre, de veiller quotidiennement au niveau d'huile par exemple et de supporter les frais de carburant. Quant au loueur, il doit assurer le bon entretien et la

¹⁵ L'article 5 du contrat de location d'un véhicule équipé taxi, prévoit au chapitre des responsabilités qu'« aucun lien de subordination n'existe entre le Locataire et le Loueur. », cité en annexe de F. CHAMPAUX, *loc. cit.*, note 8, 10-11.

réparation du véhicule ainsi que reverser à l'U.R.S.S.A.F.¹⁶ les cotisations sociales pour le compte du locataire¹⁷.

La Cour d'appel statuant sur contredit dans cette affaire avait conclu à l'absence de lien de subordination juridique et, par conséquence, à l'incompétence du Conseil des prud'hommes. Elle soulignait à cet effet la présence d'un lien de **dépendance économique**, issu en particulier de la perception de la redevance. Mais elle rejeta ce motif pour s'attacher à la présence d'un lien de subordination juridique qu'elle ne parvint pas à établir. Elle rejeta donc la qualification de contrat de travail au contrat de louage.

La Cour de cassation saisie de l'affaire aboutira pourtant à une autre conclusion. Avant de procéder à l'analyse de cette décision, relevons d'emblée quelques aspects relatifs aux conditions de mise en œuvre ou d'exécution du contrat de louage. On note en premier lieu une exigence d'exécution personnelle dans la conduite de la chose louée. Sa jouissance est conditionnelle à un « usus » exclusif du preneur. En outre, la durée et les conditions de résiliation du contrat introduisent un degré élevé de précarité dans la conduite de l'activité indépendante. **Il s'agit là d'un risque qui n'est pas proprement paramétré par la réussite de l'activité indépendante, mais par un élément qui lui est en partie extérieur mais déterminant.** Il est déterminant en ce sens où le retrait de l'outil nécessaire à

¹⁶ Notons que depuis 1935 les conducteurs de taxi non propriétaires de leurs véhicules sont soumis au régime général d'assurances sociales des salariés. Les obligations issues de l'article L. 311-3 C.S.S., sont dans ce contexte à la charge des personnes ou des sociétés qui fournissent les voitures. Cette contribution doit demeurer à la charge exclusive de l'employeur et toute clause contraire sera frappée de nullité. Voici encore une originalité du système français, qui fait preuve d'une longue tradition de protection sociale en ce domaine. Le donneur d'ouvrage endosse une responsabilité administrative dans l'allocation de cette protection. Voir Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE et Rollande RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1265 p., p. 466, § 625 et suiv.

¹⁷ Puisque au regard du Code de la sécurité sociale, il est assimilé au salarié. Par conséquent, il bénéficie des cotisations sociales qui couvrent l'assurance maladie, la maternité, l'invalidité, le décès, l'assurance vieillesse, les allocations familiales, les accidents du travail ainsi que l'aide au logement. Voir id., p. 466, § 600 et suiv.

l'exécution du travail (le véhicule) entraîne la perte de tout revenu et soustrait temporairement au locataire sa liberté d'entreprendre. À ce second aspect s'en ajoute un troisième, relatif aux conditions dans lesquelles la chose louée doit être entretenue. Les obligations incluses au contrat de louage laissent en effet une maîtrise relative au propriétaire dans l'organisation du travail¹⁸ prise au sens large. Ce point finira par convaincre les juges à requalifier ce contrat de louage en contrat de travail.

(2) Le réalisme et l'état de dépendance : l'arrêt de la Cour de cassation

La Cour de cassation censure cette analyse au motif que **les conditions de faits** doivent primer dans la reconnaissance d'une relation de travail. Elle passe alors en revue les conditions d'accomplissement effectif du travail au moyen d'une analyse des obligations contractuelles contenues au contrat de louage pour conclure à un état de subordination du « locataire » : « sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi » était dissimulée l'existence d'un contrat de travail »¹⁹.

Cette décision a été accueillie avec enthousiasme par la doctrine et différentes analyses ont été produites quant à la méthode employée par la Cour de cassation²⁰. Deux points intéressants sont à relever. Tout d'abord, la doctrine souligne l'importance accordée aux faits dans l'établissement de la qualification juridique du contrat ainsi que l'étendue du

¹⁸ Voir le précédent, Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. V. n° 200.

¹⁹ Cass. soc. 19 déc. 2000, précité, note 10.

²⁰ Antoine JEAMMAUD par exemple titre son article de doctrine « L'avenir sauvegardé de la qualification du contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », loc. cit., note 4; ou encore S. FOULON, loc. cit., note 4, 56-58.

pouvoir de contrôle qui dépasse à lui seul l'objet du contrat de louage. En second lieu, elle pose une réflexion sur les effets à venir d'une telle décision quant à la structuration du travail. Sur ce point les opinions de la doctrine divergent. Ces deux points seront tour à tour développés.

La démarche entreprise par l'arrêt de la Cour de cassation est novatrice. Elle examine l'articulation éventuelle entre les critères jurisprudentiels²¹, à savoir le « travail effectué sous la direction de l'employeur » et le contrat de louage. Il est induit de certaines stipulations dont la portée pratique pouvait aboutir à des effets pervers et à nier la nature du contrat.

« Si pouvoir, direction, contrôle et possibilité de sanction il y avait, ils n'étaient décelables que dans des effets certains ou très probables de stipulations plus ou moins anodines; c'est-à-dire dans le cadre d'actions que celles-ci imposaient ou offraient aux parties, au jeu de leurs intérêts assez peu communs et de leurs forces économiques radicalement inégales. Au fond, la Chambre sociale adapte la recherche de l'éventuel état de subordination engendré par le contrat lui-même (en quoi cette subordination serait « juridique » à ce type de contrat *habilement* conçu et rédigé. »²²

Cette réflexion évoque que l'élément initiateur de la dépendance n'est pas forcément juridique, mais les juges s'efforcent, par un jeu de simulation et de fiction juridique, à envisager concrètement ses effets pour conclure **à la présence d'un « état de subordination »**²³ lequel justifie la présence d'un lien de subordination juridique.

D'ailleurs, un point important de la motivation le prouve. La Cour d'appel avait admis que le locataire non subordonné juridiquement n'en était pas moins dépendant économiquement en raison du coût de la redevance, qui implique de fournir « une quantité

²¹ En particulier l'arrêt de la Cour de cassation (Société générale) rendu en date du 16 novembre 1996, qui mettait l'accent sur le critère du «travail sous l'autorité d'un employeur », A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 4, 227-238.

²² *Id.*, 236 (L'auteur souligne et met en italique).

²³ Cass. soc., 19 déc. 2000, précité, note 10.

de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération »²⁴.

Néanmoins, la Cour d'appel repousse la qualification du contrat de travail. L'absence de contrôle et d'exercice du pouvoir de direction ou disciplinaire du locateur à l'égard du locataire, qu'elle observe, conduit à rejeter la dimension économique de la dépendance jugée trop large pour conclure raisonnablement à l'existence d'un contrat de travail. La Cour de cassation confirme ce point mais à l'inverse elle conclut à **l'état de subordination** du locataire à l'égard du loueur. Pour ce faire, elle ne retient pas « l'accomplissement effectif du travail » mais se penche sur les conséquences induites des conditions stipulées au contrat, soit les effets possibles auxquels de telles clauses pourraient donner naissance. On assiste au déplacement du regard; il n'est plus seulement tourné vers les conséquences pratiques et effectives auxquelles les clauses contractuelles stipulées ont donné naissance, mais **aux effets forts probables** de ces dernières.

C'est sur ce point que l'analyse de Philippe Delebecque, présentée en introduction, apporte un éclairage pertinent. Le propriétaire locateur de véhicule équipé taxi met à la disposition du chauffeur un véhicule pour l'accomplissement du service, c'est-à-dire le transport de clients. La qualification d'un tel contrat est hybride. Pour résoudre cette difficulté, la maxime « l'accessoire suit le principal » ne permet pas de distinguer entre les deux contrats car « l'objet du contrat se confond avec la cause subjective, c'est-à-dire le motif du contrat »²⁵. Il faut donc s'en remettre au deuxième critère jurisprudentiel, à savoir juger de l'indépendance laissée au chauffeur dans la jouissance de la chose mise à sa disposition. Or, c'est sur ce second volet que vient s'adosser la précédente décision. L'examen du lien entre le locataire et le propriétaire laisse un tel lien de sujétion qu'il ne permet pas de le qualifier ni de contrat de louage ni même de contrat d'entreprise. Le rejet de la qualification du contrat de louage s'explique par le fait que le chauffeur pour être un véritable locataire aurait dû être libre dans l'usage de la chose, ce qui en l'espèce ne s'est pas avéré juste. Quant au contrat d'entreprise, il n'aurait pu être retenu car le

²⁴ Id.

²⁵ P. DELEBECQUE, op. cit., note 2, p. 14.

chauffeur ne jouit pas pleinement de la chose. Sur ce point la Cour de cassation va au-delà de l'analyse de la jouissance de la chose. Ce sont les prérogatives du « locataire » par rapport à la chose mais aussi celles relatives à ses agissements qui sont restreintes et qui justifient la requalification du contrat de louage en contrat de travail, soit l'indépendance laissée au locataire dans la jouissance de la chose mise à sa disposition.

Ce sont finalement ces deux volets que la Cour de cassation scrute. Elle observe d'un côté la jouissance de la chose par le locataire et de l'autre côté le contrôle véritable exercé par le propriétaire sur le locataire. **Elle dissèque donc le pouvoir sur la chose et sur la personne.**

Sur le premier volet, la chose correspond ici à l'outil de travail de l'entrepreneur (son véhicule). Or, en vertu du contrat de louage, le bailleur est tenu à trois obligations, celle de délivrer la chose louée, de l'entretenir et d'assurer la jouissance paisible du preneur²⁶. En plusieurs points, le contenu du contrat analysé déroge à ces principes de base. On observe une restriction certaine quant à l'usage puisque seul le titulaire du contrat peut jouir de la chose. Mais plus que cela, l'activité économique du locataire qui est, rappelons-le, tributaire de la jouissance paisible de la chose n'est nullement assurée, ni garantie. La stabilité du bail est doublement fragilisée par sa courte durée certes renouvelable mais l'arrivée de chaque échéance constitue un risque pour le locataire, en plus de n'offrir aucune garantie à long terme puisque le preneur peut aisément retirer le bail au chauffeur pour l'avenir. Il a donc une jouissance limitée, peu pérenne, un déficit de stabilité, en somme **une jouissance précaire d'une chose qui reste pourtant le gagne-pain du travailleur non salarié dépendant. Car ce dernier, faute d'être propriétaire d'un véhicule équipé taxi, a besoin d'un contrat pour avoir à sa disposition l'outil qui lui permet d'exercer son métier.**

Mais le contrôle du propriétaire s'exerce au-delà de la conduite de la chose. Il atteint les prérogatives du chauffeur. Il s'agit là du second volet à analyser. Dans le prolongement

²⁶ Art. 1719 C.civ.

des points soulevés plus tôt, les prérogatives laissées **au bailleur dépassent simplement la chose louée, elle induit un pouvoir, un contrôle sur l'organisation générale du travail du chauffeur**. Les conditions contractuelles finissent par placer le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « locateur »²⁷.

Cet arrêt « enjoint aux juges du fond de faire *primer les données objectives* attestant de la présence ou de l'absence des conditions de la qualification de contrat de travail, sur les déclarations des parties relatives à la nature du contrat. »²⁸, selon Antoine Jeammaud. Plus que cela, il invite à réfléchir sur l'avenir du droit du travail; c'est ce second point qu'il convient d'analyser.

D'un côté, Antoine Jeammaud souligne que cet arrêt de la Cour de cassation réaffirme l'indisponibilité de la qualification en particulier lorsque ce processus est dominé par des règles d'ordre public et de réalisme. En outre, il permet de mieux cerner les enjeux relatifs à la compréhension de la notion cadre par la nécessité de dégager d'une relation contractuelle à la fois un lien de subordination juridique (la notion de pouvoir) mais aussi l'existence d'un état de subordination, ce qui amène à plébisciter la conception extensive du lien de subordination juridique retenue par la Cour de cassation. Selon l'auteur, « l'affirmation de pouvoirs-prérogatives juridiques résultera d'une manifestation empirique de cette capacité d'influencer le comportement d'autrui, de cette forme qu'est le pouvoir au sens sociologique »²⁹. L'ouverture faite aux motifs de « l'état de subordination », tout en conservant l'exigence du lien de subordination juridique, est révélatrice pour Antoine Jeammaud d'une percée expansionniste du droit du travail, percée qui lui permet de conclure à « un bel avenir »³⁰ pour le contrat de travail.

²⁷ Cass. soc., 19 déc. 2000, précité, note 10 (nous soulignons).

²⁸ A. JEAMMAUD, loc. cit., note 4, 231 (les italiques sont de l'auteur).

²⁹ Id., 235.

³⁰ Id., 237.

D'un autre côté, il a été avancé au sujet de cet arrêt, qu'il « s'affranchit de tout critère (...) et conclut à la requalification du contrat de louage pour atteinte à l'ordre public social »³¹. Bien que l'auteur tempère cette conclusion, il considère qu'on « appréhende le recours à **la méthode empirique** en réponse aux bouleversements des rapports de travail ». Cette approche est selon l'auteur critiquable³² car elle conduit à faire du droit du travail un refuge contre l'insécurité à tout prix. Et pour désamorcer ce que l'auteur analyse comme **une dérive du droit du travail**, elle propose l'élaboration d'un socle minimum de protection sociale pour le travail indépendant. Autant nous partageons la seconde proposition, autant la première nous paraît critiquable car non fondée historiquement et ontologiquement³³. Ceci étant, quelques nuances à ce propos sont nécessaires et viendront conforter la deuxième proposition de l'auteur, à savoir l'élaboration d'un « socle minimum de protection pour les travailleurs indépendants ». Le salariat est certes une solution qui, dans le cas de chauffeurs, peut s'avérer idéale en ce qui concerne la protection sociale prise au sens strict. En revanche, **la question de l'identité des chauffeurs non propriétaires** ne peut pour autant être effacée. Pour preuve, la plupart aspirent un jour à devenir artisans. Par

³¹ Maty DIAKHATÉ-FAYE, « Un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrat de location de véhicule équipé taxi (VET) », (2001) 91 Jurisprudence Sociale Lamy 7.

³² Voir à ce sujet, les effets pervers possibles d'une telle solution, par exemple : la conversion du statut de travailleur indépendant au travailleur salarié pourrait aboutir à une augmentation du prix du location, quant au contrôle que requiert l'activité du chauffeur de taxi salarié il semble difficile à instaurer, le salarié disposant d'une autonomie, dans la déclaration des recettes effectuées. En effet comment contrôler, dans la mise en route effective du compteur, le paiement de la course lorsque celle-ci est payée en liquide et les revenus connexes à la course comme le paiement des bagages en supplément, éléments rapportés par S. FOULON, loc. cit., note 4, 58.

³³ « (...) « l'idée du droit social » permettait de prendre en considération les liens de dépendance et d'appartenance à des collectivités », dans Alain SUPLOT, Le droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2004, 127 pages, p. 5; voir également Pierre VERGE, Guylaine VALLÉE, Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 32 et suiv. (sur les fonctions protectrice du droit du travail).

contre, le coût rattaché à cette indépendance reste très élevé³⁴ et l'atteinte de cette ambition professionnelle ne connaît que très peu d'élus. Par ailleurs, d'autres questions sont soulevées à l'issue de cet arrêt. Entière reste la question des modes de rémunération et du contrôle des recettes de ces travailleurs lorsqu'ils deviennent des salariés³⁵. Plus fondamentalement, on peut légitimement s'interroger sur l'avenir de cette profession. On peut craindre aussi l'engorgement des tribunaux depuis l'arrêt de la Cour de cassation même si une telle réaction n'a pas encore été constatée dans les faits. Par contre, on rapporte une poussée en faveur de contrats aux clauses minimalistes pour éviter une éventuelle requalification, ce qui s'avère être une stratégie en pratique peu gagnante. Quel que soit enfin le mode de régulation, de défense ou de protection a posteriori mis en place, il n'en reste pas moins que le problème du statut et du régime juridique de ces travailleurs reste entier. Ce réalisme est particulièrement présent lorsque le processus de qualification aboutit à préserver l'ordre public social³⁶.

Cet exposé sur la situation de l'industrie en France nous oriente vers une comparaison avec le Québec pour tenter de donner un nouvel éclairage sur les conditions d'exercice et le régime juridique applicable à ces travailleurs. Cette analyse s'avère d'autant plus fructueuse que, récemment, le législateur québécois a eu l'occasion de restructurer cette industrie. Cette double évolution législative et jurisprudentielle dans des contextes de relations de travail différents montre la pertinence du sujet en plus d'offrir une occasion de mieux comprendre la situation et l'encadrement juridique des chauffeurs non propriétaires.

³⁴ Près de 800 000 francs pour un permis à Paris, chiffre rapporté par S. FOULON, *loc. cit.*, note 4, 59; et 160 000\$ pour un permis à Montréal, dans C. LAGACÉ, A. ROBIN-BRISEBOIS, E. TASSÉ, *op. cit.*, note 6, p. 59.

³⁵ La question de l'évasion fiscale est largement abordée dans les deux pays, *id.*, p. 58 et pour la France : S. FOULON, *loc. cit.*, note 4, 59.

³⁶ M. DIAKHATÉ-FAYE, *loc. cit.*, note 31, 4-8.

§-2. *La situation du chauffeur locataire au Québec*

Récemment restructurée par le législateur en 2001³⁷, l'industrie du taxi a été l'objet d'une lutte syndicale pendant une longue période. En effet, dès les années 80, la Cour suprême a dénié le statut de salarié à ces chauffeurs (1). Dès lors, la bataille menée par les syndicats s'est orientée vers une autre forme de reconnaissance. Et après douze ans de travail, ils ont partiellement obtenu gain de cause par la reconnaissance légale des professionnels, chauffeurs de taxi (2).

(1) Le principe : la non-reconnaissance par la jurisprudence d'un statut de salarié pour les chauffeurs non propriétaires

En 1989, un commissaire du travail³⁸ est saisi de deux requêtes en accréditation pour représenter l'ensemble des chauffeurs de taxi détenteurs d'un permis pour une agglomération³⁹. En l'espèce, il constate les faits suivants : l'entreprise de taxi loue ses véhicules avec les lanternons et l'appareil radio aux chauffeurs. Elle assure l'entretien de son parc, paie les réparations, les assurances ainsi que l'immatriculation. La répartition des

³⁷ L.S.T.T., art. 34 (loi entrée en vigueur le 30 juin 2002).

³⁸ Union des chauffeurs de taxis, métallurgistes unis d'Amérique, local 9217 c. Taxi Cartier inc., D.T.E. 89T937 (C.T.).

³⁹ L'industrie du taxi requiert en tout trois types de permis, l'un est désigné comme permis de propriétaire de taxi, l'autre comme permis de chauffeurs de taxis et enfin le dernier, comme permis d'intermédiaire en services de transport par taxi.

courses ainsi que le **pouvoir disciplinaire**⁴⁰ sont assurés par « l'association de taxi », une entreprise de service. Cette dernière exerce un contrôle sur le travail effectué par le chauffeur. En cas de négligence, oubli ou manquement, elle inflige les sanctions appropriées. À titre d'exemple, le chauffeur qu'elle juge fautif peut être suspendu d'appel ou de service. Or, comme l'association ne dispose pas de tous les moyens, outils ou pouvoirs nécessaires à l'application des sanctions décidées comme, par exemple, la rétention du véhicule, c'est par l'entremise de l'entreprise de taxi qu'elle veille à leur exécution et leur respect. D'ailleurs, à ce propos, le Tribunal du travail souligne le point suivant :

« La discipline est imposée par un tiers, soit l'association de services. L'intervention des propriétaires à ce chapitre n'est nécessaire que lorsque l'association décide de priver en permanence un chauffeur de tout service. Le rôle de l'association s'apparente à celui d'une corporation professionnelle; elle n'exerce pas par mandat les fonctions de l'employeur. »⁴¹.

Dans l'exécution de son travail, le chauffeur détermine ses heures de travail ainsi que le nombre de courses à effectuer. La seule exigence de la part du locataire consiste au paiement du coût de la location du véhicule et à son maintien en bon état. L'exécution est rigoureusement personnelle et cette obligation découle davantage de la législation et de la réglementation québécoise que du rapport contractuel.

⁴⁰ « L'association a émis des directives et des règlements à être suivis par les chauffeurs auxquels elle répartit des appels. Ces directives et règlements sont respectivement assortis de sanctions à être imposées par l'association à ses chauffeurs, sanctions allant, par exemple de « 24 heures sans appels » à un « congédiement » ; « ne pas dormir aux postes d'attente; être propre et poli en tout temps »; « Boisjoli [l'entreprise de service] édicte par ses règlements et directives, les règles de conduite et le comportement en général du chauffeur. L'association a aussi déterminé, eu égard à différents manquements du chauffeur, quelle sanction allait être imposée à ce dernier. » Union des chauffeurs de taxis, Métallurgistes Unis d'Amérique, local 9217 c. Taxi Cartier inc., précité, note 38, p. 361 et 365.

⁴¹ Union des chauffeurs de taxis, métallurgistes unis d'Amérique, local 9217 c. Municipale Taxi inc., D.T.E. 90T367 (T.T.).

En première instance, le commissaire du travail rejette la requête. Il retient le critère classique du lien de subordination juridique pour écarter les chauffeurs de la définition de salarié au sens du Code, et ce, peu importe si d'autres provinces leur reconnaissent le droit de se syndiquer, peu importe également l'admissibilité des chauffeurs de taxi au bénéfice de l'assurance emploi⁴². En conclusion, le commissaire rejette les

⁴² Les propriétaires cotisent pour le compte des chauffeurs de taxi. L'article 6 e) du Règlement sur l'Assurance-emploi DORS/96-332 « 6. Sont inclus dans les emplois assurables, s'ils ne sont pas des emplois exclus conformément aux dispositions du présent règlement, les emplois suivants : (...) e) l'emploi exercé par une personne à titre de chauffeur de taxi, d'autobus commercial, d'autobus scolaire ou de tout autre véhicule utilisé par une entreprise privée ou publique pour le transport de passagers, si cette personne n'est pas le propriétaire de plus de 50 pour cent du véhicule, ni le propriétaire ou l'exploitant de l'entreprise privée ou l'exploitant de l'entreprise publique. » (nous soulignons). Ce pouvoir réglementaire est consacré à l'article 5 d) de la Loi sur l'Assurance-emploi, L.C. , (1996) ch.23.

L'interprétation libérale de la loi a été consacrée dans l'arrêt : Martin Service Station v. Minister of National Revenue, [1977] 2 S.C.R 997-1007, p. 1005 « C'est principalement dans le but de protéger ces derniers du risque de manquer de travail et d'être contraints à l'inactivité que la portée de la législation a été élargie. Qu'ils travaillent à leur propre compte ou en vertu d'un contrat de service, les conducteurs de taxi et d'autobus (...) sont exposés au risque de manquer de travail et d'être contraints à l'inactivité. À mon avis, c'est là un risque assurable, du moins dans le cas d'une assurance publique obligatoire qui n'a pas été conçue pour être appliquée selon de rigoureux principes actuariels, pourvu qu'elle respecte en gros la nature d'un système d'assurance ». Cette interprétation est réaffirmée dans l'affaire Skyline. Voir à cet effet dans, Yellow Cab company ltd v. The Minister of National Revenue, 2002 F.C.A. 294, para. 37 ou encore Genesis Leasing Ltd. c. M.R.N., C.C.I., jugement rendu en date du 24 avril 2000, (disponible à l'adresse suivante : <http://decision.tcc-cci.gc.ca>). Le juge Porter, souligne dans cette affaire qu' « [i]l ne s'agissait pas simplement d'une entreprise de location de véhicules comme on aurait été enclin à le croire à première vue » (§-19) » ; « (...) une relation d'affaire s'établissait entre l'appelante [le propriétaire de la flotte] Mesa [l'entreprise de répartition] et le travailleur [le chauffeur] et tous les trois participaient ensemble au transport de passagers par taxi. Le rôle de l'appelante ne se limitait plus seulement à la location de véhicules, ce dont Émile Théroutx a voulu me convaincre au début de son témoignage. Il fournissait le service de répartition nécessaire par l'entremise de son autre entreprise. » (nous soulignons).

Les motifs de cette extension législative et réglementaire ont été analysés dans l'affaire Martin. Cette interprétation large repose sur la définition du mot « emploi » qui est entendu dans le sens large « d'occupation ou d'activité ». D'ailleurs, récemment le juge Porter rappelait dans une affaire E et S Tresses

prétentions du syndicat à la reconnaissance du statut d'entrepreneur dépendant pour les chauffeurs.

Le syndicat insatisfait de cette décision interjette appel. Le Tribunal du travail⁴³, saisi en seconde instance de l'affaire, rejette l'appel et confirme la décision du commissaire du travail. Encore une fois, le juge souligne que le chauffeur utilise à sa guise le taxi. Il bénéficie alors de l'organisation du travail qu'il souhaite. Puis, il souligne un élément sur lequel nous reviendrons plus tard : « (...) mises à part certaines restrictions imposées par le contrat de location ou la réglementation applicable ». Le syndicat dépose ultimement une requête en révision judiciaire de la décision rendue par le Tribunal du travail que la Cour supérieure rejette aussitôt. En l'espèce, le juge estime qu'il n'est pas erroné de concevoir que le chauffeur ne travaille pas pour le compte du propriétaire de véhicules. Il utilise un véhicule pour gagner des revenus pour son propre compte. La Cour conclut en l'existence d'un contrat de louage de chose entre le propriétaire et le chauffeur locataire. En ce sens, elle suit les traces ouvertes par la Cour suprême dix ans plus tôt.

c. M.R.N., C.C.I., en date du 3 novembre 1998, l'approche interprétative par « but » qu'il convient de retenir pour l'interprétation de la Loi sur l'assurance emploi car « Même en écartant toute intention de se soustraire aux lois, si les conditions qui prévalent sont telles que ceux qui sont embauchés par contrat pour exécuter un travail donné sont réduits au chômage, il est de plus probable que ces mêmes conditions privent de travail ceux qui accomplissent le même genre de tâche, mais à leur compte. C'est principalement le but de protéger ces derniers du risque de manquer de travail (...) que la portée de la législation a été établie.(...). Cet objectif s'inscrit dans le cadre d'une politique d'intérêt public du gouvernement qui vise à éviter que ceux qui devraient avoir la possibilité de bénéficier du régime en soient arbitrairement exclus au moyen de modalités d'emploi complexe » (nous soulignons).

Le propriétaire de la flotte cotisera pour le compte du chauffeur non propriétaire sur les gains obtenus par ce dernier ou s'il n'en a pas connaissance, il doit cotiser au prorata d'un maximum de 500\$ de gains assurables par semaine au maximum ou 100\$ par jour. (Nous tenons à remercier Madame Karine Bellehumeur de la division de l'assurabilité qui nous a transmis ces informations).

⁴³ Union des chauffeurs de taxis, métallurgistes unis d'Amérique, local 9217 c. Municipale Taxi inc., D.T.E. 90T367 (T.T.).

En effet, en 1980 deux chauffeurs saisissent le « Board of Industrial Relations »⁴⁴ de l'Alberta pour pratiques déloyales dans l'exercice d'activités syndicales à l'encontre de la compagnie Yellow Cab Ltd.

En première instance, la Commission conclut à l'existence d'une relation employeur-employé. La compagnie conteste la légalité de la décision en vain devant les autres instances avant que la Cour suprême ne soit saisie de la question. Cette dernière après avoir examiné l'étendue de son pouvoir de révision procède à l'analyse de la décision pour examiner s'il y a une « erreur apparente de droit »⁴⁵. Sur le fondement de The Alberta Labour Act⁴⁶, la Cour suprême entérine la définition restrictive du terme employé qui selon les termes de cette loi « (...) désigne une personne embauchée par un employeur pour exécuter, un travail, fournir des services de quelque nature, qui a reçu ou a droit de recevoir un salaire; »⁴⁷ est rejetée le bien-fondé du recours du syndicat. La portée restrictive de la définition du mot employé aura eu raison de la syndicalisation des chauffeurs et pèsera longtemps sur leur régime juridique applicable. Il est important, toutefois, de noter que la définition légale retenue est basée principalement sur la notion de dépendance économique.

Maintenant, relevons qu'ultimement les juges recherchent les sources de rémunération des chauffeurs et notent au passage que la compagnie paie le permis de taxi délivré par la ville d'Edmonton, les primes de police d'assurance automobile, les immatriculations et les cotisations d'assurance chômage. Pour écarter l'assimilation à titre de rémunération de ces éléments déboursés par la compagnie au profit du locataire, le juge distingue en ce que les paiements « effectués par la compagnie sont surtout, sinon complètement orientés vers la protection de ses biens pendant qu'ils sont loués aux chauffeurs »⁴⁸. Si l'on examine parallèlement cette affaire avec celle de Labbane, on notera

⁴⁴ Ci-après « la Commission ».

⁴⁵ Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations, [1980] 2 R.C.S. 768.

⁴⁶ Ci-après « la Loi ».

⁴⁷ Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations, précité, note 31, 769.

⁴⁸ Id., 772.

d'emblée que le juge ne cherche pas à vérifier l'impact indirect de ces obligations sur la jouissance de la chose et *a fortiori* sur le libre exercice de l'entrepreneur. Notons toutefois à sa décharge que l'analyse reste formelle, cantonnée au contenu restrictif livré par la loi. Par ailleurs, l'analyse et le règlement judiciaire de ces deux affaires sont séparés par près de vingt ans de pratique jurisprudentielle. Ceci nous conduit par principe de prudence à relativiser la comparaison.

À la lumière des décisions québécoise et canadienne deux remarques s'imposent. La première a pour objet de **nuancer** la décision compte tenu de l'évolution jurisprudentielle et légale que connaît le Québec depuis vingt ans. La seconde mettra en évidence la **dimension comparative**, qui en l'espèce s'avère particulièrement féconde en particulier avec l'arrêt Labbane.

En ce qui a trait aux nuances, on peut raisonnablement penser que les ingrédients jurisprudentiels et légaux actuels permettraient d'aboutir à un autre résultat que celui obtenu dans ces affaires. Que l'on songe à la meilleure intégration dans les lois québécoises de la notion d'entrepreneur dépendant ou de sa reconnaissance jurisprudentielle, ou que l'on envisage également les méthodes d'identification du véritable employeur dans la relation tripartite⁴⁹ récemment déterminée, ces deux arguments suffisent à étayer cette affirmation. On pourrait nous semble-t-il aboutir aujourd'hui à la reconnaissance du

⁴⁹ Ville de Pointe-Claire c. Tribunal du Travail, [1997] 1 R.C.S. 1015 (j. Lamer) « 48 Selon cette approche plus globale, les critères de la subordination juridique et de l'intégration dans l'entreprise ne devraient pas être utilisés comme des critères exclusifs pour déterminer le véritable employeur. À mon avis, dans un contexte de rapports collectifs régis par le Code du travail, il est primordial que l'employé temporaire puisse négocier avec la partie qui exerce le plus grand contrôle sur tous les aspects de son travail (...). Sans établir une liste exhaustive des éléments se rapportant à la relation employeur-salarié, je mentionnerai à titre d'exemples, le processus de sélection, l'embauche, la formation, la discipline, l'évaluation, la supervision, l'assignation des tâches, la rémunération et l'intégration dans l'entreprise. ».

chauffeur non propriétaire locataire comme salarié. N'est-ce pas le chemin emprunté par d'autres secteurs du droit qui, pour assurer une certaine protection, ont envisagé de telles solutions? Ainsi, en matière de protection sociale, la législation relative à l'assurance emploi offre une portée large à la notion d'emploi assurable. En effet, l'objectif de cette législation est autre que celui des lois du travail et les techniques d'interprétation peuvent l'être aussi⁵⁰. Ceci étant, notons malgré ces réserves émises, qu'une partie de la jurisprudence n'hésite pas à consacrer la connexité contractuelle⁵¹ entre l'entreprise de service et le propriétaire.

Ceci étant, une double réserve s'impose quant à cette percée optimiste. En effet, la nature du travail accompli par le chauffeur non propriétaire **est largement induite d'un dispositif légal qui encadre les conditions d'exercice de ce travail**. Le transport par taxi est effectivement une activité réglementée. Par conséquent, le flux des relations de travail dans cette industrie, qui se manifeste par l'interdépendance des acteurs, que ce soit le chauffeur à l'égard du propriétaire, de l'intermédiaire de services à l'égard du propriétaire

⁵⁰ « dans le cadre d'une assurance publique obligatoire (...). C'est là un risque assurable », dans Martin Service Station v. Minister of National Revenue, précité, note 28, p. 1005 (J. Beetz).

Est privilégié l'approche « purposive » : « C'est principalement dans le but de protéger ces derniers du risque de manquer de travail et d'être contraints à l'inactivité que la portée de la législation a été élargie (pour les coiffeuses) cf. Affaire E et S Tresses c. M.R.N., C.C.I., en date du 3 novembre 1998

⁵¹ « l'analyse globale de tout le modèle d'organisation mène à la conclusion selon laquelle l'entreprise de prestation de services de taxi dont les propriétaires exploitants et les exploitants à contrat font partie intégrante est celle de Yellow Cab et qu'en tant que telle, Yellow Cab est l'employeur », Yellow Cab Compagny Ltd. c. Le Ministre du Revenu National, (2001-05-23) Cour Canadienne de l'Impôt 199-3166 EI (para. 42) (nous soulignons). Décision cassée par la Cour Fédérale d'appel au motif que « [m]êmes réunies, les entités que constituent les propriétaires et l'association n'exercent pas sur le chauffeur de taxi un contrôle de nature à leur attribuer conjointement le statut d'employeur » Yellow Cab compagny ltd v. The Minister of National Revenue, [2002] F.C.A. 294, para. 37). Voir dans le même sens que la Cour Canadienne de l'Impôt une autre décision en faveur d'une reconnaissance conjointe du rôle d'employeur: Genesis Leasing Ltd. c. M.R.N., C.C.I., jugement rendu en date du 24 avril 2000, (disponible à l'adresse suivante : <http://decision.tcc-cci.gc.ca>).

et vice et versa, est orchestré par la législation et la réglementation qui l'accompagnent. Il n'est donc pas le fruit d'une subtilité contractuelle destinée à évincer les lois du travail.

Par exemple, le Règlement sur les services de transport par taxi⁵² exige de l'intermédiaire en services de transport par taxi d'établir le règlement intérieur qu'il « (...) entend imposer aux titulaires de permis de propriétaire de taxi et aux chauffeurs de taxi qui contracteront ses services »⁵³. Une liste non limitative mais obligatoire de son contenu est énoncée à l'article 61. En vertu de cette disposition, l'intermédiaire de services se doit d'adopter un règlement intérieur comprenant au moins les règles de comportement et d'éthique ainsi qu'une grille d'identification des sanctions mais aussi les conditions de travail. On peut poursuivre la démonstration avec d'autres éléments eux aussi contenus dans le règlement comme par exemple, le fait que le véhicule doit être équipé de différents éléments (taximètre, affichage de tarifs, lanternon), les exigences à l'égard de l'entretien du véhicule et la qualité du service à la clientèle requis, être vêtu proprement, être courtois par exemple⁵⁴. Les textes⁵⁵ prévoient des sanctions pénales en cas de non-respect de certaines obligations. Par conséquent, le pouvoir disciplinaire ainsi que l'exigence de la tenue de directives sont essentiellement imposés par l'encadrement légal et réglementaire de l'activité.

L'intrusion de la législation dans la conduite des rapports entre les acteurs de l'industrie constitue-t-elle un obstacle à l'attribution du statut de salarié?

Selon une jurisprudence récente, le « contrôle administratif »⁵⁶ ne peut figurer parmi les éléments à prendre en considération dans la détermination du statut de salarié. Ce

⁵² Règlement sur les services de transport par taxi, (2002) 24 G.O. II, 3456; R.Q., 2002, S-6.01.

⁵³ Id. art. 7 (6°).

⁵⁴ Id. art. 40 et suiv.

⁵⁵ Voir à cet effet le Chapitre XIII de la L.S.T.T., intitulé « Dispositions pénales » et l'article 75 et suiv. du Règlement sur les services de transport par taxi, (2002) 24 G.O. II, 3466.

⁵⁶ Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ), T.T., n° 500-28-001293-026;500-28-001294-024, 1er mai 2003, j. Handman,

contrôle exercé par l'entreprise de services et le propriétaire doit être analysé distinctement puisqu'il est d'une autre nature que celui qui gouverne le contrat de travail. Il ne laisse pas place à la surveillance du chauffeur non propriétaire et encore moins en attend un rendement; d'ailleurs il n'est pas évalué.

Dans ces circonstances, on ne peut soutenir l'idée que l'association « serait cette entité qui, à la fois, fournit le travail au chauffeur et agit à son endroit, pour l'intimée, à titre de contremaître »⁵⁷. Le chauffeur non propriétaire reçoit de la part de l'entreprise de services la grande majorité des appels. Est-ce que nous pouvons en déduire que le chauffeur dépend de cette entreprise pour « assurer son gagne-pain »⁵⁸? Enfin, si l'on oppose à de telles conclusions le constat de l'exécution personnelle du chauffeur non propriétaire, encore une fois il faut admettre qu'il s'agit là d'une exigence dictée par l'article 24 de la loi⁵⁹.

Par conséquent et compte tenu de l'ensemble des éléments discutés, il serait sans aucun doute hâtif et présomptueux de penser que la relation de fait entre les trois acteurs s'apparente à une relation de travail, et ce, même en considérant l'évolution législative et jurisprudentielle de la province. Certes, il existe une parenté mais cette parenté n'est pas seulement le fruit d'une relation contractuelle établie dans les faits, elle est le résultat d'une activité réglementée.

§ 135 « seul le contrôle ou la surveillance d'une disposition normative ne saurait compter dans la détermination du statut du salarié puisqu'elle est involontaire. Par contre, il a précisé qu'il en est tout autrement lorsqu'une disposition confie un mandat à un organisme, "tout en lui laissant la latitude, la discrétion et le choix des moyens pour le remplir ».

⁵⁷ Prétention de la partie syndicale, dans Union des chauffeurs de taxis, Métallurgistes Unis d'Amérique, local 9217 c. Taxi Cartier inc., précité, note 38, (nous soulignons).

⁵⁸ Id.

⁵⁹ L.S.T.T., art. 24 « Le permis de chauffeur de taxi autorise son titulaire à exercer le métier (...) » (nous soulignons).

Ces différences, bien qu'elles soient incontournables, permettent de saisir qu'il existe dans l'activité du chauffeur non propriétaire un « **état de dépendance** », et ce, malgré la législation et la jurisprudence du travail québécoises et canadiennes peu enclines à le reconnaître. Cet état a pour principal responsable le contenu de la législation qui organise et structure ce secteur, soit l'industrie du taxi, à moins que ce soit la législation qui l'occulte. Par exemple, elle impose une formation obligatoire initiale⁶⁰ et relègue à la future *Association professionnelle des taxis* la mission de promouvoir et d'assurer la formation continue de ces travailleurs⁶¹. On peut à cet égard soutenir les deux points de vue. Dans ce contexte, une question se pose : dans quelle mesure la loi est-elle en droit de jouer un rôle d'écran dans l'octroi de mécanismes sociaux de protection? Autrement dit, comment légitimement et professionnellement pouvons-nous accorder un statut protecteur à une forme de travail dont **l'état de dépendance est généré par la législation**⁶²?

L'analyse comparée comprend une limite dans la mesure où l'affaire Labanne prend appui sur le contenu du contrat plutôt que sur une réglementation comme c'est le cas au Québec. Cette réserve étant faite, il faut néanmoins souligner la position adoptée par la Cour de cassation qui a fait preuve d'une certaine audace dans la fiction juridique qu'elle impose dans cette affaire.

À cet égard, il semble qu'une dimension fasse défaut dans l'analyse québécoise, soit l'incidence pratique de la redevance sur la condition du chauffeur. Autrement dit, en quoi cette dimension ou plutôt **cette pression alimentaire** conduit à maintenir le chauffeur dans **un état de dépendance** tel que son indépendance disparaît au profit d'une **pseudo-**

⁶⁰ L.S.T.T., art. 27.

⁶¹ *Id.*, art. 36.

⁶² Voir à ce propos, les développements très intéressants de Alain SUPLOT au sujet du déclin très relatif de la souveraineté du législateur et ses réflexions sur la normalisation des comportements des personnes « objectivées » au moyen de normes desquelles sont purgées tout caractère arbitraire. Littérature à rapprocher de l'évolution du droit des contrats exposée : Alain SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », (2003) 1 *Droit social* 63.

autonomie fonctionnelle? Cette pression du coût de la redevance exposée dans l'arrêt de la Cour de cassation en France est absente des décisions québécoises et n'a pas été soulevée par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle s'est penchée sur la question de déterminer si le propriétaire du parc de taxis était l'employeur des chauffeurs. La Haute Cour a davantage analysé les flux financiers et ne s'est pas penchée sur les conséquences relatives à l'existence de ce type de mouvements financiers. Pourtant, cette analyse cherche fondamentalement à relever une situation dans laquelle est en jeu un besoin alimentaire pour le chauffeur. Ce dernier est tenu de louer un outil absolument essentiel à l'exercice de ce métier, et c'est ce préalable indispensable, louer, pour exercer un travail rémunérateur qui amorce une forme de **dépendance économique**. Elle ne se concrétise qu'une fois l'exécution des obligations en œuvre, à savoir lorsque le chauffeur jouit du véhicule. Cet **outil professionnel si indispensable n'introduit-il pas un élément de dépendance qui outrepassse la sphère économique?** On peut le penser. Car, au-delà de la dépense de loyer qui est en soi une contrainte économique pour le chauffeur que l'on pourrait dire légitime, il y a plus. Il faut prendre en considération la répercussion de ce montant sur l'organisation du travail du chauffeur. Ce dernier est le plus souvent tenu d'effectuer un nombre de courses significatif⁶³ pour parvenir à couvrir les frais de dépenses de location. Il s'agit donc d'une dépendance qui atteint directement le libre choix de « l'entrepreneur-locataire ». Au surplus, on a observé que **l'atteinte à l'autonomie du chauffeur dépasse le cadre seulement économique, il touche l'administration de la chose, sa bonne conduite, mais aussi celle du chauffeur**; toutefois, cette régulation est le fruit non pas de sa relation contractuelle mais de la législation qui en découle. L'apport de la comparaison rencontre ici ses limites et la dépendance dans ces circonstances nécessite des réponses appropriées et inédites.

Enfin, il faut noter que la **notion d'employeur**, telle que retenue au Québec, semble difficilement s'accommoder d'une structure de pouvoir disséminée entre deux acteurs, le

⁶³ À cet égard, S. FOULON, observait à propos des taxis parisiens que « la plus grosse angoisse de ces drôles de locataires est de pouvoir payer leur loyer », dans *loc. cit.*, note 4, 56.

locataire et l'intermédiaire de services. Cette articulation astucieuse, consacrée par la loi, entre les trois acteurs au profit d'une même activité sociale dissout le lien de dépendance. Le prétexte de « la mise à disposition » par le propriétaire d'un service orchestré par un troisième acteur finit par éteindre toute suspicion de contrôle. Il anéantit l'espoir que le chauffeur parvienne à déterminer qui est son employeur. L'indétermination de l'employeur entraîne des conséquences importantes sur le droit de se syndiquer.

C'est pour résoudre partiellement ou évacuer ces difficultés et répondre en partie aux pressions exercées par les syndicats sur cette industrie que le législateur est intervenu. En effet, depuis juin 2002 une nouvelle organisation professionnelle est née, qui devait prévoir un aménagement tout particulier : l'Association professionnelle des chauffeurs de taxis.

*(2) Les limites : l'évolution
législative récente : vers une
reconnaissance
professionnelle des chauffeurs
de taxi⁶⁴*

Plus tôt, on évoquait que le statut juridique retenu pour les chauffeurs non propriétaires il y a plus de douze ans aurait pu connaître de nouveaux développements. Le renouveau législatif récent, qui a conduit à remodeler cette industrie, a en quelque sorte perturbé l'évolution jurisprudentielle presque naturelle à laquelle on aurait pu s'attendre. Une autre interprétation consiste à voir non pas une perturbation mais une consécration de la jurisprudence établie. D'ailleurs la motivation, en 1990, du Juge Robert Burns dans l'affaire de l'Union des chauffeurs de taxi est explicite à cet égard. Il indique que « le rôle

⁶⁴ Nous tenons à remercier, Monsieur Michel DEVEAULT, du Syndicat des Métallos ainsi que Monsieur Jacques THÉORET de la F.T.Q., qui ont bien voulu répondre à certaines de nos questions.

de l'association s'apparente à celui d'une corporation professionnelle; elle n'exerce pas par mandat les fonctions de l'employeur »⁶⁵.

Si l'on écarte les considérations d'ordre sécuritaire et de qualité de services pour lesquelles une intervention des autorités publiques s'est avérée essentielle, les chauffeurs de taxi faisaient l'objet de revendications d'un autre ordre depuis de nombreuses années, en particulier leur droit à la syndicalisation. Les défunctes Liges⁶⁶ avaient eu pour ambition de promouvoir et défendre les droits des travailleurs, projet auquel elles n'aboutiront jamais pleinement.

Finalement l'initiative est revenue au législateur et un premier projet de loi a vu le jour en 1999 sous l'intitulé Projet de Loi sur la reconnaissance d'une association de chauffeurs locataires de taxi⁶⁷. Aussi vite éteint, ce projet reconnaissait cependant la possibilité de créer des associations représentatives des chauffeurs locataires de taxi pour défendre et promouvoir leurs intérêts en vertu de la Loi sur les syndicats professionnels⁶⁸. Un an plus tard, la question fut de nouveau abordée mais sous un autre angle. Il n'était plus question de s'adresser aux seuls chauffeurs non propriétaires mais à l'ensemble de la communauté oeuvrant dans le secteur. En outre, une association professionnelle de chauffeurs de taxi fut instituée. Son objet vise essentiellement à introduire un système de permis puis à regrouper et à promouvoir leurs intérêts réciproques. Une cotisation devra être versée par tous les titulaires de permis de chauffeur de taxi dans la mesure où la majorité d'entre eux le décide. Or, à l'heure actuelle une proportion de 21 % seulement

⁶⁵ Union des chauffeurs de taxi, Métallurgistes unis d'Amérique local 9217 c. Municipale Taxi inc., précité, note 38, 138 (nous soulignons).

⁶⁶ Les liges de taxis, reconnues par la loi actuelle, sont dissoutes et leurs actifs, après paiement de leur passif, sont transférés à la nouvelle association professionnelle.

⁶⁷ Loi sur la reconnaissance d'une association de chauffeurs locataires de taxi, Projet de loi 68 (présentation), 1^{ère} session, 36^e législature (Québec).

⁶⁸ Loi sur les syndicats professionnels, L.R.Q., chapitre S-40.

d'entre eux y ont adhéré⁶⁹. Parallèlement à cette création légale, un Forum des intervenants de l'industrie du taxi est institué afin de favoriser la concertation entre les principaux intervenants de l'industrie du taxi au regard des diverses pratiques commerciales de l'industrie. Cette loi adoptée sous l'intitulé Loi concernant les services de transport par taxi⁷⁰ reconnaît officiellement l'Association professionnelle des taxis pour représenter « tant collectivement qu'individuellement, l'ensemble des titulaires de permis de chauffeur de taxi »⁷¹ : le chauffeur salarié, le chauffeur indépendant propriétaire et enfin le chauffeur locataire. Mais il ne faut pas s'y méprendre il s'agit d'une association professionnelle qui ne se raccroche ni directement ni indirectement aux mécanismes prévus au Code du travail⁷² pas plus qu'elle ne possède les pouvoirs d'un syndicat valablement accrédité. Les syndicats⁷³ ont pourtant salué cette initiative dans laquelle ils voient le fruit « des efforts de lobbying »⁷⁴.

Le résultat demeure original. Il est une forme de compromis qui peut susciter l'enthousiasme mais surtout beaucoup de réserves.

⁶⁹ C. LAGACÉ, A. ROBIN-BRISEBOIS, E. TASSÉ, op. cit., note 6, p. 64.

⁷⁰ Art. 36 L.S.T.T.

⁷¹ Id.

⁷² Code du travail, L.R.Q., c. C-27.

⁷³ Ce sont le Syndicat des Métallurgistes Unis d'Amérique au Canada et la F.T.Q.

⁷⁴ Lawrence MCBREARTY, Notes pour le discours d'ouverture, Congrès national d'orientation Métallurgistes Unis d'Amérique (M.U.A.), mai 2002, 21 pages, p. 14, disponible sur le site : <http://www.uswa.ca> ; ou encore « Depuis douze ans, les Métallos et la FTQ aident les chauffeurs à se regrouper pour mieux défendre leur droit. Ils ont mis sur pied une association professionnelle des chauffeurs de taxis pour leur donner des services (assurances, rabais sur l'essence, conseils juridiques, etc.) (...). Cette association est souhaitée par la majorité des intervenants de l'industrie et le Ministre des Transports, Me. Guy Chevrette, s'est engagé à légiférer en ce sens d'ici la fin de la session. Les chauffeurs de taxi pourront choisir l'association de leur choix pour les représenter », dans une allocution intitulée Taxi : La FTQ invite les dissidents à se rallier au sein d'une vraie association professionnelle, en date du 10 mai 2000, disponible sur le site : <http://ftq.qc.ca>

Certes les tentatives de requalification du locataire en salarié avaient constamment échoué auprès des tribunaux faute d'une volonté d'étendre les critères et de pouvoir identifier un véritable employeur. Par conséquent, il a rapidement semblé impossible à cette communauté de travailleurs, sauf les salariés mais qui sont en minorité⁷⁵, de bénéficier par exemple du statut de salarié et donc du droit de se syndiquer. Le seul salut pouvait venir d'un geste du pouvoir législatif. Ce geste n'a cependant pas eu d'audace surtout quant aux mécanismes de représentation et à la question de la protection sociale; il est tout au plus un compromis mal équilibré.

La Loi n'a en effet apporté aucune solution directe. Elle a délaissé la question des statuts de travail, pour octroyer à ce secteur une reconnaissance professionnelle destinée à un groupe de travailleurs sans homogénéité : **l'Association professionnelle des chauffeurs de taxis**⁷⁶ qui réunit pour le moment qu'un 1/5^e des chauffeurs. Or, la diversité des statuts qu'elle représente **face à la pluralité des intérêts existants entre les chauffeurs locataires, les propriétaires et les salariés empêche toute création d'un régime de travail cohérent**, capable d'offrir une certaine unité entre des **intérêts aussi divergents**. Certes ces travailleurs oeuvrent concurremment dans leur industrie, mais c'est là leur seul point en commun.

À ce jour, en dehors de cet encadrement légal, le Syndicat des métallos associé avec le Fonds de solidarité de la F.T.Q. ont formé une société de services dotée de moyens suffisants pour offrir à leurs membres de nombreux services. Le futur président de la société avançait récemment :

« [N]ous voulons (...) avant tout, améliorer les conditions de financement des chauffeurs qui veulent obtenir un permis. Notre investissement représente une première étape en vue de l'amélioration des conditions des chauffeurs-

⁷⁵ Selon Monsieur Deveau du Syndicat des Métallos, une centaine de chauffeurs salariés sur une industrie de plus de 18000 chauffeurs au Québec.

⁷⁶ L.S.T.T., art. 35 à 47.

locataires car ils sont les plus exploités dans cette industrie, n'ayant aucunement la capacité de se constituer un capital. »⁷⁷.

Différents services devraient être offerts par le biais de cette société, notamment des services juridiques, des assurances groupes. Il s'agit là certes d'un gain substantiel pour améliorer la condition des chauffeurs mais qui trouve finalement davantage sa vigueur dans la capacité d'action des acteurs que dans les opportunités offertes par les termes de la loi. Par ailleurs, ne faut-il pas craindre une fragmentation plus poussée de cette communauté de travail lorsque la construction d'un tel régime est reléguée aux bons soins des acteurs? Est-ce que pour autant la réponse appropriée aux besoins de ces groupes sera apportée? Par exemple, une récente étude relevait la difficulté pour les chauffeurs d'atteindre un revenu décent : « (...) le chauffeur doit travailler parfois jusqu'à 16 heures par jour, six jours par semaine »⁷⁸. Dans quelle mesure **la nouvelle structure institutionnelle** permettra de mettre fin à ces situations qualifiées par un auteur⁷⁹ par « les forçats du taxi »?

En somme, cette réforme a perdu l'occasion de doter les chauffeurs de taxi et en particulier les locataires du bénéfice d'un statut de travail adéquat, et ce, malgré la **dépendance économique relationnelle et structurelle** du chauffeur locataire à l'égard de la combinaison des acteurs de cette industrie, à savoir les entreprises de services et les propriétaires de parc de taxis. D'ailleurs dès 1965, Harry Arthurs avait listé les exploitants de taxis parmi les entrepreneurs dépendants⁸⁰. Aujourd'hui les partenaires sociaux ont la charge de mettre en place ces mécanismes protecteurs. Une autre opinion peut cependant être livrée face à cette réforme. Elle consiste à voir dans l'intervention législative une

⁷⁷ Fédération des travailleurs du Québec, « Création d'une nouvelle société dédiée au financement des permis : Le Fonds de solidarité F.T.Q. investira 50 millions dans l'industrie du Taxi au Québec », Vers un syndicalisme sans frontière, 13 août 2002, disponible sur le site : <http://ftq.qc.ca> (nous soulignons)

⁷⁸ C. LAGACÉ, A. ROBIN-BRISEBOIS, E. TASSÉ, *op. cit.*, note 6, p. 59.

⁷⁹ S. FOULON, *loc. cit.*, note 4, 56.

⁸⁰ Harry, W., ARTHURS, *The Dependent Contractor: a Study of the Legal Problems of Countervailing Power* (1965) 16 n°1 U.T.L.J. 89.

consécration de l'inscription de cette industrie dans le secteur du libre commerce. Elle serait peut être alors une étape marquante dans l'ouverture possible et nécessaire d'une réglementation particulière à bâtir.

* * *

Au total, l'analyse de l'encadrement juridique des chauffeurs non propriétaires pose un double enseignement l'un a trait à la caractérisation de **la dépendance** et l'autre à l'encadrement juridique de cette dépendance.

Sur la question de la caractérisation de la dépendance. On observe en premier lieu une grande **similitude fonctionnelle** de l'industrie entre les deux pays et des modalités de travail du chauffeur non propriétaire. Dans les deux cas, le chauffeur est tenu, de part son contrat de louage et de la législation qui le concerne, d'exécuter personnellement sa prestation. Dans l'exercice de son activité le chauffeur est un maillon d'un ensemble d'intervenants qui, chacun à leur manière, contribuent à délivrer une prestation de transport. Cette prestation fait l'objet d'un encadrement législatif rigoureux. La prise de risque du seul chauffeur non propriétaire est réelle mais reste en grande partie paramétrée par des éléments qui lui sont imposés. L'outil de travail qui est considéré comme un élément non déterminant en droit du travail acquiert ici toute son importance. C'est par son biais que « s'instille » la dépendance du chauffeur non propriétaire à l'égard des autres intervenants. L'outil de travail loué perd sa neutralité dans le sens où la jouissance du véhicule loué peut être limitée de plusieurs façons et peut affecter certaines prérogatives du chauffeur en tant que locataire et entrepreneur. Sa dépendance est alors structurelle et fonctionnelle.

En ce qui a trait à l'encadrement juridique, en l'an 2000, la Cour de cassation, rendait en France un arrêt qui allait ébranler l'industrie du taxi après 7 ans de procédure en requalifiant un contrat de louage en contrat de travail. Tandis qu'au Québec, était adoptée en 2001, la Loi concernant les services de transport par taxi. Cette nouvelle législation allait

instituer une Association professionnelle des chauffeurs de taxi du Québec qui regrouperait sans distinction l'ensemble des chauffeurs de taxi, propriétaires, locataires ou salariés. Ces deux événements montraient à l'évidence l'importance du sujet et l'amorce d'un changement en cours mais non abouti. Dans chaque cas le traitement juridique s'inscrit dans des politiques fort différentes tant à l'égard du type d'interventions posées que de la philosophie qui les sous-tendent. La France propose une intervention qui démontre peu de scrupule à l'extension du salariat en dehors de ses sphères habituelles, quitte à ce que l'industrie en soit bouleversée et tenue de s'en accommoder. Tandis que le Québec offre des mécanismes institutionnels qui permettront à l'industrie de se doter d'un cadre *ad hoc*.

Dans le cas du Québec, la législation a inscrit cette industrie au principe du libre commerce tout en ménageant l'introduction d'institutions éventuellement capables d'assurer un tissu protecteur *ad hoc*. L'avenir de cette profession dépendra en partie de la capacité de réaction du tissu associatif à répondre adéquatement aux enjeux posés par cette industrie. Dans le cadre actuel, il est certain que la dépendance des chauffeurs locataires est noyée parmi d'autres préoccupations de nature bien différente de celles vécues par les chauffeurs salariés et les propriétaires. Il y a tout au plus une volonté de rassembler une profession. Le groupement associatif et l'adhésion volontaire s'avèrent un remède utile mais insuffisant pour aboutir à la construction d'un régime de protection **spécifique**.

Par contre, en France le rattachement au droit du travail par voie jurisprudentielle, soit l'importation des indépendants en qualité de salarié, a permis de mettre un terme ou à tout le moins de compenser la situation de dépendance de certains chauffeurs locataires. La requalification du contrat de louage en contrat de travail est clairement affirmée par la jurisprudence. Ceci étant, de l'avis de certains (la C.G.T.) la menace de procès à répétition

« pourrait aboutir à un changement de réglementation (...) »⁸¹. Et la question de la requalification pose une série de problèmes pratiques⁸² auxquels peu de réponses sont apportées, de même que des questions de fond vite évacuées par le système de requalification.

L'encadrement juridique actuel des chauffeurs non propriétaires offre deux options : l'une d'insérer tant bien que mal les chauffeurs non propriétaires dans le giron du droit du travail par voie d'assimilation, l'autre consiste à maintenir ce secteur dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie, en lui donnant les moyens institutionnels et légaux destinés à créer une meilleure protection des travailleurs. L'une comme l'autre posent fondamentalement les questions suivantes : quel est l'encadrement juridique proposé à une industrie réglementée économiquement, dont l'accès est limité, dont la nature et les conditions de travail sont précisées? Sommes-nous toujours dans la sphère de la liberté du commerce et de l'industrie ou dans celle du droit du travail? Ou bien sommes-nous à mi-chemin entre les deux?

Dans les deux cas la situation offre le flanc à la critique on observe non seulement le flou et l'incertitude des régimes qu'ils offrent en plus du manque de prise en considération des besoins spécifiques de ces travailleurs non salariés dépendants. Par ailleurs un constat s'impose conjointement pour la France et le Canada et ce malgré les récentes évolutions jurisprudentielles et législatives respectives, ni l'une ni l'autre n'apporte une solution viable à long terme.

⁸¹ S. FOULON, *loc. cit.*, note 4, 58.

⁸² Le prix de location sera-t-il augmenté pour compenser le coût des charges patronales? Comment contrôler efficacement les chauffeurs salariés? Car une partie des éléments du travail de chauffeur sont basés sur la confiance : les recettes perçues autres que celles des courses *stricto sensu* (ex. coût supplémentaire pour les bagages ou pour l'attente); la mise en route effective du compteur.

Après avoir analysé au chapitre un le travail à domicile, l'analyse a porté sur les chauffeurs de taxi non propriétaires au cours du second chapitre. Il convient d'aborder à présent la question des représentants ou auxiliaires de commerce pour ce troisième chapitre. On tentera d'illustrer une dernière fois de quelle façon les indépendants dépendants dotés d'un mandat ont pu faire l'objet de rapatriement dans la zone du droit du travail.

CHAPITRE 3 RAPATRIEMENT DES INDÉPENDANTS DÉPENDANTS AU DÉTRIMENT DU MANDAT

Le développement du commerce et des affaires a grandement contribué à accroître une communauté de travailleurs qui, tout à la fois, transige, fait connaître, conseille et vend. Elle regroupe les représentants, les intermédiaires de commerce et occupe un espace situé entre la production et la consommation, appelé la distribution. En effet, la complexification du processus de vente ou encore le raffinement des stratégies de marketing imposent à l'organisation de veiller au maintien d'une image de marque conforme à ses orientations. Cette évolution a sans aucun doute transfiguré ce qui n'était au départ qu'un trait d'union entre deux phases importantes, celle de la production et celle de la consommation. Elle devient une étape à part entière qui revêt aux yeux des entreprises une importance considérable au point où à partir de ce phénomène économique s'est bâtie une nouvelle discipline académique, le droit de la distribution.

Parallèlement à cette évolution économique se greffent de nouvelles orientations organisationnelles. Dans cette course à conquérir toujours davantage de parts de marché, le mandat offre une perspective sans pareil. Il est un contrat qui permet de développer l'activité juridique par l'intermédiaire de ses mandataires. Il confère à ces derniers le pouvoir d'agir au nom de l'entreprise, de la représenter et d'accomplir pour son bénéfice et à sa place des activités juridiques. Ce sont des intermédiaires. Ce contrat se combine souvent avec d'autres et rend en conséquence ce contrat complexe. C'est la raison pour laquelle l'intermédiaire chargé de développer un marché peut revêtir plusieurs statuts juridiques : celui de salarié, de Voyageur, Représentant et Placier¹ pour la France ou d'intermédiaires indépendants tels que le mandataire, l'agent commercial, l'entrepreneur, le concessionnaire, le courtier, le commissionnaire, le franchisé.

¹ Voyageurs, Représentants et Placiers (ci-après cité, « V.R.P. »).

Pour le mandant, sans doute en raison des conséquences attachées aux gestes posés par ses mandataires à l'égard du commettant (le représenté), le législateur est intervenu très tôt dans le but de protéger le public en exigeant d'eux l'obtention d'un permis² ou d'une carte de compétence. Ils sont agents d'assurances, courtiers, agents commerciaux, représentants, V.R.P. Compte tenu de l'impossibilité d'étudier l'ensemble des métiers qui jalonnent la représentation, nous nous intéresserons aux seuls représentants de commerce et analyserons dans quelle mesure le rapatriement de ces mandataires indépendants s'effectue au détriment du mandat (**Section 2**). Mais préalablement à ce développement, nous proposons d'éclairer sommairement en quoi le mandat se distingue du salariat (**Section 1**). Dans le cas de la France, le V.R.P. a fait l'objet d'une législation particulière, d'où l'attention qui lui sera portée, tandis qu'au Québec cette fonction est restée livrée au droit commun du travail. De ce fait la comparaison permettra de mettre en lumière l'intérêt ou les obstacles que revêtent chacune des options.

Section 1 - L'intérêt de la distinction entre le contrat de travail et le contrat de mandat

Contrat nommé, le mandat répond en principe d'un régime juridique qui lui est propre, qui se distingue nettement du contrat de travail. En pratique, l'enchevêtrement des obligations et leur portée peuvent produire une certaine confusion quant à la qualification juridique du contrat, dans la mesure où il peut revêtir les caractéristiques de plusieurs

² Par exemple, au Québec la Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q. 1991, c. C-73-1, art. 3 : le titre de courtier immobilier est délivré par l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec. Nul ne peut en ce domaine exercer « (...) l'activité de courtier immobilier ou prendre le titre de courtier immobilier s'il n'est titulaire d'un certificat. » (nous soulignons).

contrats nommés³ ou encore aboutir à des situations d'inégalité que le juge ou le législateur souhaitera rééquilibrer. Dans ce cadre, la question de frontière **entre le contrat de travail et le mandat** s'est posée à l'égard d'une série de travailleurs.

C'est en quelque sorte ce souci de clarification et de protection qui, en France, a conduit le législateur à élaborer un texte spécifique pour ce travailleur intermédiaire, le représentant de commerce. Il est donc nécessaire d'identifier ses caractéristiques pour le distinguer du contrat de travail (§-2). À cet égard, on notera que malgré le particularisme de ce contrat, certains travailleurs, n'eût été de la présence d'une législation spéciale, auraient été assujettis au mandat laissant ainsi le droit du travail sans prise face à une situation qui, dans les faits, pouvait justifier le bénéfice de mécanismes de protection des lois sociales. Or, c'est précisément cette situation qui théoriquement prévaut au Québec. Ce développement sera naturellement précédé d'un descriptif du type d'activités économiques concernées (§-1).

§-1. Du point de vue des activités économiques

Dans l'élaboration de leurs stratégies commerciales, les entreprises mettent en place un réseau destiné à promouvoir leurs services, leurs produits, soit « la présentation du

³ Par exemple, selon GROFFIER, le distributeur de journaux, peut tout à la fois être considéré comme un prestataire de services lorsqu'il effectue le transport des publications de l'imprimerie aux marchands mais du fait de la latitude qui lui est octroyée à l'égard de leur vente, il peut être mandataire. Éthel GROFFIER, « L'importance croissante du mandat en droit québécois: les développements récents », (1985) 15 R.D.U.S. 445-486, 449.

produit en vue de son acquisition ou du service en vue de sa prestation »⁴. La question consiste à déterminer qui assure cette fonction.

Au Québec, cette phase de diffusion est assumée par un salarié ou bien par « les intermédiaires et auxiliaires de commerce » qui comprennent les « professionnels qui peuvent jouer le rôle de mandataires dans les activités économiques »⁵. On parle dès lors d'agent mais on distingue entre l'agent indépendant et l'auxiliaire de commerce.

En France, l'entreprise peut tout à la fois faire remplir cette fonction par des intermédiaires salariés et non salariés. Ces derniers, par exemple en France, les agents de commerce⁶, sont dotés d'un véritable mandat. Ils sont indépendants juridiquement et économiquement. Entre ces deux extrêmes, la tâche peut être confiée à des travailleurs spécialisés, les V.R.P. Soumis à un régime particulier entériné par le Code du travail, ils revêtent la qualification de salarié mais statutaire. Pourtant, si l'on s'attache aux types d'opérations, on note qu'ils interviennent au nom du fournisseur auprès d'une clientèle qui ne leur appartient pas, mais dans un environnement où ils restent très autonomes.

Quels sont donc les critères qui permettent de situer l'activité de diffusion tantôt vers le contrat de travail et tantôt vers le mandat? Il est un fait que ces deux contrats ne revêtent que peu de traits similaires. Pourtant, en pratique, le tracé de la frontière entre ces deux types de contrats peut s'avérer une question épineuse.

⁴ Didier FERRIER, Droit de la distribution, 2^e édition, Paris, Litec, 2000, 352 pages, p. 33; Camille GOASGUEN, « La représentation commerciale, les critères du choix entre les différents statuts » (1998) 895 Semaine sociale Lamy 5-7.

⁵ E. GROFFIER, loc. cit., note 3, 475.

⁶ Supra, Partie 2, Chapitre 2, section 2.

§-2. *Du point de vue strictement juridique*

La représentation commerciale s'organise autour de deux types de contrats, le contrat de travail et le mandat. Ils se distinguent entre eux sur au moins quatre éléments : la fixation de la protection et de la rémunération, la compétence juridictionnelle en cas de conflit, les modalités de rupture du contrat et, enfin, le niveau de protection sociale.

En pratique, le fournisseur dispose d'une certaine latitude pour assurer la diffusion de son produit ou de son service au moyen de salariés de droit commun du travail ou de salariés spécialisés comme le V.R.P., cas exclusif à la France. La diffusion peut également être confiée à des mandataires pour « notamment échapper aux contraintes du droit social »⁷.

Mais le salarié de droit commun n'est pas un mandataire. L'objet du contrat, son régime de protection et de responsabilité, en plus de la compétence juridictionnelle dont il relève répondent de règles bien différentes. Le mandat donne naissance à un pouvoir de représentation dévolu au mandataire qui agit au nom et pour le compte du mandant (art. 1984 C.civ.; art. 2130 C.c.Q.), tandis que le contrat de travail met à la disposition de l'employeur une prestation de travail pour une certaine durée (art. L. 121-1 et suiv.; art. 2085 du C.c.Q.). Dans un cas on traite d'un acte juridique⁸, de l'autre d'un acte matériel effectué de façon successive. Il faut distinguer encore le mandat civil du mandat commercial.

Dans le premier cas, le régime propre au **mandat civil**⁹ a nécessité quelques aménagements de façon à remédier aux inadéquations observées entre, d'une part, l'activité

⁷ D. FERRIER, *op. cit.*, note 4, p. 67.

⁸ Sa mission consiste à accomplir des actes juridiques pour autrui. Le mandant est engagé par les actes du mandataire, il peut révoquer *ad nutum* le mandataire sauf s'il s'agit d'un mandat commercial. Le mandat se termine à la mort de l'une des parties.

⁹ Art. 1984 et suivants du C.civ.

sociale de diffusion et, d'autre part, le régime juridique du mandat civil qui, par exemple, reniait originellement le caractère intéressé de l'activité, aspect incompatible avec ce type d'activités. Parmi les mandataires-diffuseurs¹⁰, il fallait distinguer entre ceux qui sont économiquement intégrés à l'entreprise, car en situation de dépendance, de ceux qui, associés à l'entreprise, traitent avec elle sous la forme d'un partenariat.

Parmi les mandataires-diffuseurs économiquement dépendants, Didier Ferrier distingue, pour la France, le mandataire gérant non salarié du mandataire cosignataire pour la vente (art. L. 781-1). Ces deux formes de travail, bien que comprenant des caractéristiques impropres au contrat de travail, n'en apparaissent pas moins sous le régime de statuts mixtes; ils sont par conséquent pour l'un importé dans le droit du travail, pour l'autre, seules certaines dispositions protectrices du droit du travail lui sont exportées. Par contre, lorsque l'activité est exercée non plus sous une forme intégrée ou dépendante, mais associée à l'entreprise, la législation du travail disparaît au profit du mandat d'intérêt commun ou de l'agence commerciale, qui pour leur part rentre sous la rubrique de **mandat commercial**.

Bien qu'il dispose de règles générales relatives au mandat, le droit québécois n'offre pas le même raffinement sur le plan du découpage des métiers dans ce domaine et de la variété des statuts disponibles.

Mandataire ou salarié? Au final, la dissemblance théorique entre les deux contrats a nécessité dans la pratique l'intervention du législateur, du moins en France, pour tenter d'adapter le mandat à une forme de travail hybride qui combine à la fois les caractéristiques d'un mandataire et d'un salarié : le V.R.P. L'avantage pour l'entreprise mandante dans sa capacité de diffusion est démultiplié. Ce statut lui permet de mettre en oeuvre ses « dons d'ubiquité »¹¹ en s'assurant une certaine maîtrise de la clientèle tout en se ménageant la

¹⁰ D. FERRIER, *op. cit.*, note 4, p. 68.

¹¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Pierre-Yves GAUTHIER, *Droit civil - Les contrats spéciaux*, Paris, 14^e éd., éd. Cujas, 2001, 757 p., §-520.

disponibilité du représentant. Au fond la question est de déterminer quels sont les éléments qui ont motivé la création d'un régime à part pour ce type de travailleur? Un régime qui permet d'échapper aux conditions juridiques du mandat et à le rattacher en France à la législation du travail. Il convient dès lors d'analyser outre le régime protecteur, les motifs qui ont présidé à l'élaboration de cette loi.

Section 2 - Les V.R.P. ou les intermédiaires de commerce : l'exemple de la France

Historiquement¹², le V.R.P. ne représentait pas une seule catégorie de travailleurs, mais trois. Ils avaient en commun une mission conjointe, celle de prospecter une clientèle pour la maison qu'il représentait.

Le placier chargé de visiter la clientèle dans la ville où se trouvait la maison rapportait chaque soir les ordres reçus. Le commis-voyageur, quant à lui, prospectait dans un vaste périmètre régional. Enfin, installé dans une région, le représentant disposait d'un bureau « (...) à son nom, au centre d'une région déterminée dans laquelle il exerç[ait] son activité seul ou avec le concours de sous-agents qu'il rémunér[ait] »¹³.

Aujourd'hui, ces trois métiers sont fondus dans une même catégorie du fait de l'intervention législative qui a, en partie, gommé l'intérêt pratique de la distinction du moins pour les deux premières catégories. Cette intervention a coïncidé avec un certain aplatissement des distances dues à la modernisation des moyens et des voies de transport. Désormais, on retient du V.R.P. la définition suivante : il est chargé pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs de solliciter une clientèle et d'en enregistrer les commandes, le

¹² Cass. soc. 6 juillet 1939, (1941) *Juris D.P.* 33 et suiv. (note de Paul PIC).

¹³ *Id.*, 35.

V.R.P. agit à titre d'auxiliaire du commerce. Ce « diffuseur »¹⁴ captif agit donc pour le compte de « la maison » qu'il représente.

Ces intermédiaires commerciaux n'ont de point en commun que le stade de leur intervention économique, le reste, en particulier leur statut juridique, demeure profondément différent. La représentation est sans aucun doute un des secteurs d'activité où l'on peut aisément examiner la disparité du degré d'indépendance laissé à son titulaire, comme si chaque strate d'indépendance requérait un statut juridique particulier du moins pour la France. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la qualification juridique des contrats de représentation a suscité tant de débats et a provoqué l'intervention précoce et renouvelée du législateur français.

Au Québec et, en partie, en raison de la proximité de la common law, la problématique a pris une tournure somme toute classique. Le débat, outre qu'il n'a jamais fait l'objet d'une intervention législative particulière, n'a pas non plus suscité de travaux doctrinaux à quelques exceptions près, d'où l'importance des développements consacrés à la France. Le recensement de ces situations et le traitement juridique réservé aux représentants semble pertinent. Toutefois, la distinction des différentes situations d'indépendance dans la représentation est particulièrement évidente en France. L'approche législative entreprise il y a plus d'un demi siècle est originale. En effet, des règles furent édictées très tôt pour régir certains aspects sociaux, fiscaux ou encore professionnels de cette modalité de travail avant d'aboutir à sa facture contemporaine qui s'est concrétisée autour de la définition et de l'octroi d'un statut. C'est le rôle dévolu à la loi de 1957. Il est à noter que ces différentes touches législatives, plus que la source d'une volonté politique, sont le résultat d'une réaction à l'encontre des orientations de la Cour de cassation jugées trop conservatrices.

La loi de 1957 dote ainsi les V.R.P. d'un statut spécifique. Mais une question demeure, celle de la raison d'être d'un tel régime. Quels sont les éléments de fait qui ont

¹⁴ Selon le terme utilisé par D. FERRIER, *op. cit.*, note 4, p. 35.

rendu nécessaire son élaboration (§-1). À cet égard, on pourra souligner que, malgré certains traits d'indépendance caractérisés, l'ensemble relève d'une facture proche du salariat (§-2).

§-1. La dépendance et l'indépendance dans l'exercice de la représentation en fait

Les auxiliaires de commerce ont pour mission de solliciter une clientèle et d'établir les commandes pour le compte de la maison qu'ils représentent. Mais plus que cela ces travailleurs de la représentation déploient une image de l'entreprise. Intercesseurs entre le consommateur et le producteur, la nature de leur travail emporte naturellement quelques traits caractéristiques qui influent sur la qualification juridique du contrat. Cette qualification demeure parfois mal aisée. La nature de ce travail comporte des caractéristiques particulières qui tout à la fois l'éloigne du salariat et l'en rapproche par d'autres aspects. Examinons les caractéristiques du travail de représentation.

Tout d'abord, il peut travailler pour le compte d'une ou plusieurs entreprises sans pour autant réaliser des opérations commerciales pour son compte personnel. Il exerce cette fonction de façon exclusive et habituelle. La représentation nécessite une large part d'autonomie et d'initiative dans la phase de prospection de la clientèle, mais elle n'est pas sans limite puisque l'employeur doit en déterminer la zone géographique ainsi que le type d'entreprise cliente recherché. En ce qui a trait aux modalités de rémunération, les représentants de commerce perçoivent le plus souvent une commission au prorata du chiffre d'affaires réalisé en plus d'une rémunération fixe. Ce deuxième élément tend à disparaître lorsque le représentant fait affaires avec plusieurs maisons qu'il représente. Il n'est pas rare en effet que le travailleur représente en même temps plusieurs employeurs et partage son temps entre ces derniers. Dès lors la question est de déterminer comment le droit s'est emparé de cette situation.

§-2. *La dépendance dans l'exercice de la représentation en droit : la subordination travestie ou impuissante, l'exemple de la législation en France*

Préalablement à l'élaboration d'un statut, une multitude de règles fragmentaires¹⁵ sont venues encadrer la situation du représentant de commerce, avant que ne soit retenu un cadre plus complet. C'est de cette façon que l'on a assisté à l'élaboration progressive d'un statut. La première loi¹⁶ attribue la compétence juridictionnelle du contentieux dès lors qu'un litige s'élève à l'occasion du contrat de louage de services entre un employeur et un représentant aux conseils des prud'hommes. Puis le législateur entreprend deux nouvelles incursions pour régler la question de leur rémunération. Il accorde au représentant le privilège défini à l'article 2101 du Code civil¹⁷ et précise les modalités de versement des commissions¹⁸ puis leur octroie le bénéfice des assurances sociales selon un régime précis d'affiliation¹⁹. Ce canevas légal constituera le premier statut des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie.

On observe déjà à cette étape-ci la nécessité de faire intervenir le législateur **par voie d'assimilation partielle au salariat**. Cette incursion autoritaire dans le salariat ne fera que se confirmer plus tard. Mais, curieusement, alors que s'amorce la construction d'un futur régime juridique pour les représentants, la définition et les critères distinctifs entre le contrat de travail et le mandat demeurent imprécis. Ces deux irritants deviennent une

¹⁵ Voir à ce propos, Loi du 18 juillet 1937, (1938) 4. D.P. 185-187 (note de Jacques Doublet); Suzanne DURETESTE, Répertoire travail, Dalloz, v° Représentant de commerce; Jean GRIMALDI d'ESTRA, « Les voyageurs, représentants, placiers », J. -Cl. Trav., fasc. 4-10; Loi précisant le statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers, n° 57-277 du 7 mars 1957, (1957) Légis D. 299-302 (note de Suzanne DURETESTE).

¹⁶ Loi sur les conseils de prud'hommes du 27 mars 1907, (1907) 4 D.P. 89 (incorporée au Code du travail).

¹⁷ Loi du 17 juin 1919, (1919) 4. D.P. 331; 8 octobre 1919 (1921) 4 D.P. 331.

¹⁸ Loi du 23 avril 1924, (1924) 4. D.P. 217.

¹⁹ Décret-loi du 28 octobre 1935, (1935) 4. D.P. 492.

source d'insécurité et « d'arbitraire »²⁰. Une intervention législative plus globale se fait pressante.

L'idée de soumettre au régime juridique du mandat l'ensemble des travailleurs qui agissent au nom et pour le compte d'un tiers est rejetée. Pour séduisante que soit cette proposition, elle répond mal aux situations de fait puisqu'il « est fréquent que des salariés fassent des opérations juridiques pour le compte de leur employeur »²¹. Dès lors le travail des juges s'oriente vers la recherche d'une composante de l'activité des représentants de nature à justifier son indépendance ou, à tout le moins, à trouver les moyens d'appivoiser l'indépendance de ce type de travailleurs.

Initialement, les représentants mandataires de plusieurs maisons et ceux rétribués uniquement à commission étaient considérés comme mandataires, mais la jurisprudence ajoute une série de critères associés au mode d'organisation du travail. La controverse ne tarde alors pas à s'élever pour dénoncer les « solutions quelque peu arbitraires »²² dégagées par les juges. Il faudra attendre la Loi du 18 juillet 1937²³ pour clarifier cette situation et retenir une définition destinée à couvrir « la presque totalité des représentants, voyageurs, placiers de commerce. »²⁴.

²⁰ André BRUN, Henri GALLAND, Droit du travail, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p., p. 269.

²¹ Id., p. 267.

²² Id., p. 269.

²³ Loi instituant le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie, J.O. 20 juillet 1937 et rectificatifs, J. O. 26 et 4 nov., (1938) IV D.P. p. 185-187 (Commentaire de Jacques Doublet).

²⁴ Id., 186.

*(1) Les interventions
autoritaires du législateur.*

Deux interventions législatives seront nécessaires pour bâtir un régime propre aux V.R.P., l'une en 1937 et l'autre vingt ans plus tard. La Loi du 18 juillet 1937 marque une première étape dans l'édification d'un statut d'ordre public²⁵. Le législateur entend viser la presque totalité des voyageurs et représentants de commerce dès lors qu'ils répondent aux conditions suivantes²⁶ :

- tout d'abord la nature de la marchandise à vendre doit être spécifiée;
- la région à visiter fixée;
- la rémunération allouée précisée;
- et enfin l'engagement du représentant à ne pas représenter exclusivement la maison ou à bien soumettre une déclaration des autres maisons déjà représentées.

Cette intervention a-t-elle pour objet de soustraire ce type de travailleur à l'exigence du lien de subordination juridique? Ou bien cette énumération vise-t-elle à alléger l'exigence des critères requis pour l'obtention d'un statut protecteur? La doctrine a répondu de façon non unanime.

²⁵ « Art. 29 r. – Sont frappées de nullité toutes conventions dont le but serait d'éluder l'application des dispositions du présent paragraphe. ».

²⁶ Art. 29 k de la loi de 1937; du même coup est balayée la qualification de « contrat spécial de « représentation » », dans Loi instituant le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie, J.O. 20 juillet 1937 et rectificatifs, J. O. 26 et 4 nov., (1938) IV, D.P. 186 (commentaire de Jacques DOUBLET).

Il y a ceux qui estiment que, compte tenu du particularisme de cette relation contractuelle, « (...) les tribunaux judiciaires n'auront plus à examiner pour décider de la nature du contrat s'il existe effectivement un lien de subordination entre le représentant et la maison qui l'emploie. »²⁷. Ce qui semble dominer dans cette approche, c'est la **dimension utilitariste** de l'intervention législative dont l'un des objectifs vise à octroyer aux représentants une protection semblable à celle des salariés, et ce, malgré leur semi-indépendance²⁸. Cette lecture privilégie l'existence d'une catégorie intermédiaire de travailleurs, assis non loin du salarié et du travailleur indépendant, qui globalement contribue à gonfler les rangs du salariat.

Cette approche est critiquée par un autre courant doctrinal²⁹ qui favorise une interprétation extensive du lien de subordination juridique. Ce lien est irréductible à l'octroi d'un statut de salarié puisse-t-il être spécifique. Cette spécificité est caractérisée par l'identification légale de critères de subordination mais « *intuitu professionae* »³⁰. Le législateur facilite le travail des juges dans l'identification de conditions nécessaires mais spécifiques à l'octroi du statut et dispense ainsi les tribunaux « du travail d'élagage ». Dans cette perspective, le lien de subordination est loin d'être inexistant. Il est au contraire sous-jacent à l'ensemble de la relation et seules les conditions énumérées par le législateur

²⁷ Id., 186 (commentaire de Jacques DOUBLET).

²⁸ « le représentant de commerce est par nature un travailleur indépendant. En effet, le seul lien de dépendance économique, à l'exclusion de toute dépendance ou subordination juridique apportant une limitation à la liberté de l'intéressé dans l'exercice de sa profession ne suffit pas à lui donner la qualité de travailleur dépendant. S'il est assimilé à un salarié ce n'est que par une disposition de la loi constituant une exception, qui, comme telle, doit être interprétée restrictivement. », dans Yves SAINT-JOURS et al., Traité de Sécurité Sociale, tome III, Les accidents du travail, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 27, cité par Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p. 166.

²⁹ « Séduisante, cette thèse [le courant exposé plus tôt] n'est peut être pas le reflet le plus exact de la réalité. (...) », dans id., p. 168.

³⁰ Id.

permettent d'isoler le statut particulier du représentant. Le cumul de ces conditions révèle la subordination juridique; « la non-exigence d'un lien de subordination vaut, alors, seulement dispense de rechercher des éléments autres que ceux énoncés par la loi : elle exprime le rejet de l'acception classique de la subordination, car celle-ci est étrangère aux conditions légales. »³¹.

Pour juste que soit cette analyse, elle demeure tout de même largement extensive du point de vue de la portée significative de la notion de subordination juridique. Et on peut se rappeler, face à cette interprétation, la critique doctrinale faite à l'endroit de la notion cadre, soit son caractère « existentialiste »³². Mais cette époque marque aussi l'entrée décisive du droit du travail dans une nouvelle ère. Un changement dans les règles du jeu se dessine, ce n'est pas une simple poussée extensive et gourmande de la notion de subordination juridique, l'arme est devenue législative. Il s'agit de repérer les conditions concrètes d'exécution du travail pour faciliter la qualification juridique du contrat de travail. **L'élément matériel** devient fondamental.

Cette initiative législative n'est pas dominée par une analyse juridique orthodoxe mais davantage par des **conditions économiques**. Toutefois, il est important de noter que le législateur n'entend nullement monopoliser l'ensemble des activités de représentation autour de ce statut particulier de louage de services, au contraire. Cette question abordée lors des débats parlementaires et sénatoriaux reçoit une réponse claire³³, confirmée par la jurisprudence³⁴.

³¹ Id., p. 169 (l'auteur souligne).

³² Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, Toulouse, C.N.R.S., 1988, 337 p., p. 1.

³³ Monsieur Gaston Rogé : « un certain nombre de voyageurs s'effrayaient de certaines dispositions du statut susceptibles, à leurs yeux, de porter atteinte à leurs intérêts. Mais (...) le statut tel que nous allons le voter a simplement pour but d'indiquer dans quelles conditions les contrats qui lient les voyageurs de commerce et leurs maisons sont des contrats de louage de service (...) les maisons et les voyageurs peuvent se lier par d'autres contrats si elles le veulent », dans Loi du 18 juillet 1937, (1938) 4. D.P. 186 (note de Jacques DOUBLET) (nous soulignons).

La Loi de 1937, en plus de donner une définition au représentant, offre un statut à ces travailleurs, institue un régime destiné à permettre le dédommagement pour perte de clientèle sous forme d'indemnité et, enfin, rattache ce groupe de travailleurs au bénéfice des lois sociales en laissant au gouvernement le soin d'en préciser les modalités. Le Décret d'application du 7 avril 1938³⁵ vient préciser le régime applicable en matière de réparation d'accident du travail, d'octroi des congés payés et d'allocations familiales, malgré l'opposition du ministre du travail qui, à l'époque, considérait ces dispositions inutiles. En effet, pour ces derniers, ces travailleurs, étant déjà titulaires d'un contrat de louage de services, étaient déjà bénéficiaires des régimes et mécanismes sociaux de protection.

Au sommet de l'édifice, les commissionnaires et les courtiers qui ont une « maison » et des moyens qui leur appartiennent en propre. Ils possèdent une clientèle et assurent le rapprochement avec les fournisseurs. Leur liberté d'action est totale. Ils ne sont pas « sous la dépendance de la maison qui les emploie. ».

À l'inverse, le bas de l'édifice est peuplé de représentants qui travaillent dans l'établissement et qui « parfois à plusieurs reprises dans la semaine, parfois d'une manière plus accidentelle vont visiter la clientèle à domicile ». Ces derniers, explique le rapporteur, bénéficient en tout point de la législation du travail, par conséquent ils ne sont pas assujettis à la loi de 1937. En revanche la strate intermédiaire s'intéresse précisément aux bénéficiaires de cette nouvelle loi. Ce sont ceux « qui travaillent bien en dehors de l'établissement mais d'après les ordres qui leur ont été donnés par la maison, qui rendent compte à cette maison presque journellement de leur travail et qui, par conséquent sont dans un lien de subordination très étroit avec les établissements qui les emploient. ».

Cette description en dégradé du représentant aux ventes a depuis lors bien évolué et l'affirmation selon laquelle, le bénéficiaire de la législation présente un lien de subordination juridique très étroit n'est aujourd'hui plus d'actualité.

³⁴ Cass. soc., 25 septembre 1941, (1941). II J.C.P. 1748 indique que la loi de 1937 n'interdit nullement l'usage du mandat dans le cadre de relation contractuelle; il s'agit là d'une option que les parties au contrat peuvent convenir, cité par A. BRUN, H. GALLAND, op. cit., note 20, p. 275.

³⁵ Décret relatif à l'application de la loi du 18 juillet 1937 instituant le statut légal des voyageurs représentants et placiers du commerce et de l'industrie, J.O. du 9 avril 1938, Rectifi. J.O. du 12 avril 1938.

Vingt ans plus tard, le législateur entreprend de « modifier l'interprétation donnée par la Cour de cassation de la loi du 18 juillet 1937 et d'élargir le champ d'application du statut spécial dont ce texte a doté les voyageurs, représentants et placiers »³⁶. La loi de 1957 vient préciser que le représentant doit désormais exercer « en fait »³⁷ **sa profession de façon exclusive et constante et ne faire effectivement aucune opération commerciale** pour son compte personnel. Ainsi, en présence des conditions légales, le représentant acquiert *ipso facto* le statut, et ce, sans égard aux termes ou à la qualification du contrat. En plus d'accroître les bénéficiaires du statut, la loi de 1957 interpelle à titre de représenté non plus seulement les commerçants et les industriels mais l'ensemble des employeurs. Le législateur affirme la qualification de louage de services pour ce type de contrat et désigne le représenté comme l'employeur. Par ailleurs, il retient une :

« (...) **approche économique de la relation de travail** motivant leur insertion dans le domaine du salariat (...) la méthode de qualification réelle constitue, donc, la traduction juridique des données économiques : celles-ci déplacent l'analyse juridique de l'examen des termes du contrat vers l'observation des conditions de son exécution »³⁸.

L'analyse des stipulations contractuelles est délaissée au profit des conditions d'exécution du contrat³⁹. Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par les commentateurs de l'époque qui observent que :

³⁶ Loi n° 57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers (J.O. 8 mars 1957) (1957) IV D. 299 (Commentaires de Suzanne DURETESTE).

³⁷ L'article 29 k précise, « les conventions dont l'objet est la représentation, quelle que soit la qualification qui leur est donnée par les parties (...) sont, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, des contrats de louage de services lorsque les voyageurs, représentants ou placiers : (...) exercent en fait d'une façon exclusive et constante leur profession de représentant (...) », dans Loi n° 57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs représentants et placiers (J.O. 8 mars 1957) (1957) IV D. 91-92

³⁸ T. REVET, op. cit., note 28, p. 170, § 155 (le gras est notre ajout).

³⁹ Art. 29 k de la Loi n° 57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs représentants et placiers (J.O. 8 mars 1957) (1957) IV D. 92; « (...) exercent en fait d'un façon exclusive et constante leur profession de représentant » (nous soulignons).

« (...) les tribunaux n'appliquent le statut que s'ils constatent l'existence d'un lien, sinon de subordination juridique du moins de dépendance; c'est du reste cette dépendance inhérente à la qualité de salarié qui peut permettre, en l'état de la législation, de distinguer le représentant salarié, de l'agent commercial. »⁴⁰

N'est-ce pas là le constat de l'impuissance du lien de subordination juridique à saisir cette situation et la nécessité **de faire intervenir le législateur à titre de facilitateur** car il est un fait que : « le représentant [qui peut avoir plusieurs employeurs] a, du fait même de sa profession, une certaine indépendance d'action. »⁴¹? Pourtant la doctrine en conclut « [qu'] il n'en demeure pas moins un locateur de services » et que la défiance à l'égard des stipulations contractuelles provient de la faiblesse du débiteur lors de l'élaboration du contrat (...) la qualification par les conditions objectives de l'exercice de la profession se place donc résolument dans la logique du contrat de travail : elle instaure un véritable rapport de subordination juridique. »⁴².

Cette analyse comporte un défaut. Bien que la doctrine concède la nécessité d'adopter de nouveaux critères d'identification dans ce type de relation contractuelle, compte tenu de l'impuissance du critère du lien de subordination juridique à saisir l'ensemble des relations de fait, elle se rattache de façon artificielle à l'approche classique. **L'approche économique de la relation** est privilégiée. Certes, on intègre la logique du contrat de travail mais davantage dans une cohérence relative à la finalité recherchée plus que par une filiation directe avec un lien de subordination juridique. La jurisprudence constante de la Cour de cassation soutient cette interprétation.

En 1973, un nouvel élargissement commandé par le pouvoir législatif est accordé au représentant qui, conjointement à l'exercice de la représentation, se livre à d'autres activités pour le compte des maisons qu'ils représentent. L'ensemble des dispositions insérées au

⁴⁰ Id., 301.

⁴¹ Id.

⁴² Id.

Code du travail français apparaissent aux articles L. 721 et suivants complétées par le contenu de l'Accord national interprofessionnel⁴³ en date du 3 octobre 1975 qui précise le calcul des indemnités de rupture ou de mise à la retraite. Le statut figure aujourd'hui au Livre VII du Code du travail. Ses caractéristiques sont à la fois proches du salariat et s'en éloignent tout à fait par d'autres aspects, créant par cela même un statut ambivalent dit « mixte ». Mais, aujourd'hui, avec l'évolution des méthodes et de l'organisation du travail on peut se demander si les traits spécifiques du V.R.P. ne se sont pas estompés?⁴⁴ Ce statut demeure néanmoins atypique au sein du droit du travail; certes, le V.R.P. est un salarié mais aux caractéristiques de faits particuliers (a), qui, bien que dépendant, n'en demeure pas moins par certaines facettes de son travail, indépendant (b) et qui nécessite des techniques de qualification appropriées (c).

(a) Le V.R.P., un salarié aux caractéristiques particulières

L'article L. 751-1 du Code du travail classe ces travailleurs dans le cadre du Livre VII intitulé « dispositions particulières à certaines professions ». Quelles sont, par conséquent, les caractéristiques de fait qui dans l'exercice de ce travail justifient l'octroi d'un statut différent de celui octroyé au salarié de droit commun?

Avant toute chose, le V.R.P. est spécifiquement affecté à la diffusion des produits avec pour mission de démarcher et de recueillir les commandes auprès des clients. L'**activité de prospection** pour le compte de l'employeur constitue déjà un travail en rupture avec le salariat. Elle nécessite initiative, autonomie dans sa réalisation. Mais, au moment de

⁴³ L'accord national interprofessionnel en date du 3 octobre 1975 complété par plusieurs avenants est intervenu entre l'ancien Conseil Patronat français et le syndicat des V.R.P.

l'élaboration du statut de V.R.P., cette caractéristique était en rupture parfaite avec le modèle du travail salarié. La distance « est un gage d'autonomie et de réactivité plus prononcées »⁴⁵ dans ce type d'activité. Fruit de son travail de prospection, l'activité de prospection en soi se différencie de l'acte de vente⁴⁶ seulement dans la mesure où le V.R.P. prend lui-même les ordres d'achat⁴⁷. Dans ce cadre, l'intervention du V.R.P. relève davantage du mandat, agir pour le nom et pour le compte de l'entreprise qu'il représente bien qu'assimilé par le législateur au salariat.

Mais l'activité de prospection n'est pas en soi suffisante à l'octroi de ce statut, car lorsqu'elle est effectuée sans clientèle, ni secteur, ni directive spécifique, elle échappe au bénéfice du statut de V.R.P. et endosse la qualification de mandat⁴⁸. L'attribution d'une clientèle ou d'un secteur géographique⁴⁹ revêt un caractère essentiel dans l'attribution du statut, ces mentions doivent apparaître dans le contrat ou bien s'avérer effectives dans l'exercice du travail du représentant. Quant au travail de représentation, il doit s'exercer à

⁴⁴ « Au demeurant, l'autonomie très grande en 1937, époque où son éloignement de l'entreprise entraînait une grande indépendance dans son activité, se trouve aujourd'hui considérablement réduite par les techniques de communication directes (...) », dans D. FERRIER, *op. cit.*, note 4, p. 53.

⁴⁵ J. GRIMALDI D'ESTRA, *loc. cit.*, note 15, p. 6, §-18.

⁴⁶ « la vente au laissé sur place » c'est-à-dire la remise au client de la marchandise offerte est exclusive du statut de V.R.P., P. BIZIÈRE, note sous Cass. soc. 9 janv. 1959, (1959) II *J.C.P. éd. G.* 11195.

⁴⁷ Cass. soc. 6 fév. 1974, *Bull. V.*, n°98, p. 98; Frédéric-Jérôme PANSIER, note sous Cass. soc. 17 oct. 2000, (2000) 126 *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 13 « Un démarcheur en assurance qui remplit et signe avec le client une demande de souscription qui doit ultérieurement être signée pour approbation par le directeur général de la société ne l'empêche pas de bénéficier du statut de V.R.P. ».

⁴⁸ Au sujet d'un représentant en parfumerie, Cass. soc. 31 janv. 1973, *Bull. V.*, n° 56, p. 48.

⁴⁹ Cass. soc. 2 juin 1976, *Bull. V.*, n° 355, p. 292 mais attention n'est pas exclusif du statut de représentant l'absence d'exclusivité du secteur géographique, et de clientèle attribuée, le fait « d'exercer sa fonction à Paris et dans la région parisienne » de ne pas « avoir démontré qu'il disposait d'une clientèle attribuée qui aurait pu le conduire à des déplacements constants » ne suffisent pas à écarter le bénéfice du statut. » voir F.-J. PANSIER, *loc. cit.*, note 47, 13.

titre exclusif⁵⁰ et de façon constante à moins d'une activité accessoire à sa mission principale. Par contre, il peut simultanément travailler pour plusieurs employeurs sans que cela ne constitue un frein à l'octroi du statut de salarié (art. L. 751-1).

(b) Le V.R.P., une
« subordination juridique
atténuée »⁵¹

Il est un fait que la simple observation du travail effectué par les représentants montre toute l'ambivalence quant à leur statut juridique de rattachement. Il est un salarié dont le lien de subordination juridique est affaibli. Le pouvoir de contrôle exercé par l'employeur à l'égard du représentant et du salarié de droit commun s'avère différent. Il existe certes un lien de subordination juridique dans la relation de travail qui unit le représentant à l'employeur mais ses fondements ou, à tout le moins, ses traits essentiels se distinguent du salariat de droit commun; plus que cela, l'existence du lien de subordination juridique semble davantage **relever d'une forme de dépendance économique, rattachée de façon artificielle au vocable « lien de subordination juridique »**. Au fond, il existerait une dépendance sans subordination.

Avant toute chose et selon une jurisprudence constante, l'absence de lien de subordination juridique n'est pas exclusif de l'octroi du statut de V.R.P.⁵² :

« Ainsi en l'état actuel de la législation, les V.R.P. bénéficient d'un *Régime salarial spécial*, dont les dispositions ont été incorporées dans le Code du travail (...) régime dont l'application n'est pas subordonnée à l'existence

⁵⁰ Art. L. 751-2.

⁵¹ J. GRIMALDI D'ESTRA, *loc. cit.*, note 15.

⁵² Jean-Jacques DUPEYROUX, note sous Cass. soc. 3 déc. 1969, (1970) *D.* 183; Cass. soc. 4 janv. 1979, *Bull. V*, n°9, p. 8.

d'un lien strict de subordination mais aux *conditions de fait* dans lesquelles ils exercent leur activité de représentation. »⁵³

Cette ambivalence à l'égard du statut du V.R.P. nécessite d'examiner à la fois en quoi le V.R.P. s'éloigne du salarié de droit commun par l'absence de lien de subordination juridique et quels éléments justifient son rattachement au statut de salarié?

On verra que l'insertion dans le Code du travail du régime de travail des V.R.P. se résume à un lien de subordination « relatif ». Il faut d'emblée souligner qu'il est aujourd'hui moins évident de mettre en relief le caractère subordonné de certaines conditions de travail du représentant puisque, ces dernières années, le lien de subordination juridique s'est relâché pour mieux saisir les mutations du travail salarié. Les caractéristiques du représentant n'en sont pas pour autant totalement gommées.

L'organisation du travail⁵⁴ requiert une certaine régularité, soit celle d'effectuer les visites auprès des clients et de les démarcher. Le caractère régulier de la prestation et la délimitation du territoire offrent un cadre irréductible de dépendance, un cadre de liberté contrôlée. Par exemple, si l'on examine le pouvoir de négocier avec le client, il est clair que de nombreux V.R.P. disposent d'une certaine marge de manœuvre pour être en mesure au moment opportun d'offrir de nouvelles conditions (ristournes, avantage particuliers, etc.) et amener le client à conclure. L'impact matériel de ces stratégies commerciales peut conduire à réduire la marge bénéficiaire de l'entreprise sur le produit vendu mais dans une certaine proportion seulement. Dans ces circonstances, on pourrait être amené à qualifier les agissements du représentant d'indépendant, puisqu'en mesure de réaliser des profits et d'assumer des pertes relatives. Pourtant le représentant ne fait qu'agir à l'intérieur des paramètres qui sont définis par l'employeur, le plus souvent sous forme de lignes directrices plutôt que d'instructions exhaustives. Mais, de même que le V.R.P. peut

⁵³ S. DURETESTE, op. cit., note 15, p. 3.

⁵⁴ Art. L.751-1.

basculer vers le mandat de droit commun s'il ne répond pas aux conditions légales, il peut tout aussi bien basculer vers le droit commun du travail. Une situation semblable peut se produire si le représentant suit les instructions formelles et contrôlées de l'employeur.

Comme salarié, **le représentant exécute personnellement son travail** et il ne lui est donc pas loisible d'embaucher des sous-agents à peine de perdre son statut⁵⁵. Sa capacité de développement est donc limitée. Il l'a trouvée ailleurs notamment dans la possibilité qu'il a de travailler pour plusieurs employeurs au terme de la loi⁵⁶ et développer sa clientèle. Par contre, dans l'exercice de ses fonctions, le V.R.P. bénéficie d'une « autonomie limitée dans la création d'une clientèle »⁵⁷, car bien qu'il puisse travailler pour plusieurs employeurs il ne travaille pas à son compte⁵⁸ (art. L. 751-1 4). Il reçoit des instructions relativement au type de clientèle à aborder en plus d'être cantonné à un secteur géographique donné. Le cas échéant, il appartiendra à l'employeur de le prouver.

En cas de rupture du contrat, le V.R.P. bénéficie d'une protection qui consiste en l'octroi d'un délai-congé et la clause de non-concurrence s'applique immédiatement. Sur ce dernier point, le renforcement du lien de subordination est clairement annoncé par le législateur⁵⁹ :

« (...) les contrats peuvent, pour leur durée contenir l'interdiction (...) de représenter des maisons ou des produits déterminés (...) Lorsque les contrats ne contiennent pas cette interdiction ils doivent, à moins que les parties n'y renoncent par une stipulation expresse, contenir, s'il y a lieu, la déclaration des maisons ou produits que les voyageurs, représentants ou placiers, représentent déjà et l'engagement de ne pas prendre en cours de contrat de nouvelles représentations sans autorisation préalable de l'employeur. »

⁵⁵ Jean SAVATIER, observations sous Cass. soc. 28 avril 1960, (1960) D.S. 107.

⁵⁶ Art. L. 751-1 1.

⁵⁷ J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 20.

⁵⁸ Cass. soc. 3 juin 1957, (1958) D. p. 459.

⁵⁹ Art. L. 751-3.

Ainsi l'employeur peut protéger les intérêts légitimes de son entreprise compte tenu des fonctions exercées par le V.R.P., sous réserve d'une contrepartie financière⁶⁰

Qu'en est-il du point de vue du **droit social**, le régime est-il adapté à ce type de travailleur? Affilié au régime de sécurité sociale (art. L. 311-1-2 du Code de la Sécurité Sociale), le V.R.P. bénéficie au même titre que le salarié de droit commun de cette protection. Seul le représentant multicartes⁶¹ bénéficie d'un régime particulier. En outre, le V.R.P. bénéficie en sus du régime général de retraite d'un régime propre à ses fonctions. En cas d'accident du travail, il est protégé tout comme le serait un salarié.

Le V.R.P. dès le moment où les directives fixées par l'employeur sont trop précises⁶², à savoir la liste détaillée des clients à visiter, les dates auxquelles il devra les rencontrer, le V.R.P. endossera alors le statut de salarié de droit commun et non celui propre au V.R.P. à moins de dispositions conventionnelles contraires. Au fond, tout demeure une question d'intensité d'autonomie laissée au V.R.P. dans l'exercice de ses fonctions : « (...) [l] autonomie – condition nécessaire – n'est nullement une indépendance. »⁶³.

Mais quels sont au fond les traits distinctifs du V.R.P. par rapport à ceux du salarié de droit commun du point de vue du régime juridique? L'économie de la relation contractuelle entre le V.R.P. et l'employeur alors qu'elle démontre une certaine similarité avec le contrat de travail de droit commun n'en démontre pas moins des traits distinctifs. Et l'indépendance relative dont jouissent ces travailleurs contribue à distinguer le contrat de représentant de celui du salariat. Cette remarque est particulièrement nette à l'examen **des**

⁶⁰ Cass. soc. 10 juil. 2002, 3 arrêts, (2002) 1511 J.C.P.éd. E (note de D. CORRIGNAN-CARSIN). La Cour de cassation exige désormais une contrepartie financière au créancier de l'obligation, à peine de nullité.

⁶¹ Soit le représentant qui travaille pour plusieurs employeurs.

⁶² Suzanne DURETESTE, note sous, Cass. soc., 21 avril 1961, (1961) D. 523.

⁶³ J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 20.

modalités de rémunération ainsi qu'à l'attribution des **lois sociales** mais aussi lors de la **terminaison du lien d'emploi** et des conséquences monétaires associées à cette rupture.

Tout d'abord, en ce qui a trait aux **modalités de rémunération** le système de rémunération est fixé librement par les parties; la rémunération peut être fixe ou proportionnelle. Dans le cas où la rémunération est fixe, les dispositions en faveur des heures supplémentaires lui échappent⁶⁴ (art. L. 212-5 et suiv.) en raison de leur caractère incontrôlable. Par contre, le mode de rémunération comprend à la fois un montant fixe et variable. Dans le cas d'une rémunération variable, le salarié bénéficie d'une somme qui est proportionnelle au chiffre d'affaires généré par ses ventes et, en cas de difficulté de l'entreprise, le V.R.P. est protégé par une garantie légale en paiement. Lorsqu'il est rémunéré exclusivement à la commission, il lui revient d'assumer personnellement ses frais de déplacement⁶⁵. Voilà qui ouvre la voie à **une certaine forme d'indépendance du moins économique**. En outre, le représentant qui n'a pas d'horaire fixe et dont les conditions de travail révèlent une large autonomie ne peut prétendre au bénéfice du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (art. L. 141-8)⁶⁶. En ce sens, cette disposition protectrice qui échappe à la plupart des V.R.P. le distingue nettement du salarié.

Dans la même veine, le représentant se heurte à une autre logique du droit commun, celle de la durée du travail. En effet, le pan législatif attaché à la durée du travail lui échappe en raison des caractéristiques particulières de son travail. Incidemment, les dispositions législatives qui ont pour outil de mesure la durée du travail sont questionnées, par exemple, le bénéfice des jours fériés, le repos hebdomadaire ou encore le calcul des heures supplémentaires ou des congés payés. Pour la plupart de ces domaines, l'Accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975⁶⁷ prévoit des garanties⁶⁸.

⁶⁴ Art. L. 212-5.

⁶⁵ « (...) il est d'usage de fixer à 30% le montant des commissions » J. GRIMALDI D'ESTRA, *loc. cit.*, note 15, p. 5.

⁶⁶ Cass. soc, 10 nov. 1993, (1994) IV J.C.P. éd. G, 83.

⁶⁷ L' Accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 (avenant n° 4 au 12 janvier 1982).

Mais le particularisme du représentant ne s'arrête pas là. Lors de la **terminaison du lien d'emploi**, le V.R.P. bénéficie d'une **indemnité de clientèle** qui représente la « (...) part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui, compte tenu des rémunérations spéciales accordées au cours de contrat »⁶⁹. Dans la mesure où la rupture est imputable à l'employeur et cause un préjudice au V.R.P. alors cette indemnisation lui est due. On s'est longtemps interrogé sur l'objet de l'allocation d'une indemnité de clientèle. Le législateur de 1937 a « (...) cru devoir substituer un statut complet fondé sur cette idée essentielle que, sans cesser d'être un salarié, si certaines conditions sont réunies, le représentant de commerce n'en a pas moins un *droit sur la clientèle*, droit analogue à cette propriété *sui generis* du fonds de commerce créée de toutes pièces par notre législation récente sur les loyers. »⁷⁰. D'ailleurs très tôt la jurisprudence⁷¹ l'a qualifiée d'indemnité destinée à compenser le préjudice subi pour la perte à l'avenir du bénéfice d'une clientèle que le représentant a, par son travail, ralliée, développée au profit de l'employeur.

« Attendu, dans ces conditions que l'employeur dont la clientèle s'est trouvée accrue par le travail de son représentant avant la promulgation de la loi du 18 juillet 1937, ne peut exciper d'aucun droit acquis pour se soustraire au paiement d'une indemnité de licenciement due pour les raisons ci-dessus exposées en vertu d'une disposition que le législateur a, dans un intérêt social, déclarée applicable à tous les contrats en cours (...) qu'il en résulte que, pour déterminer le montant de cette indemnité, le juge doit rechercher et apprécier l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par l'ayant-droit (...). »⁷²

⁶⁸ Par exemple, pour les congés pour événements familiaux, pour les maladies, accidents et congés de maternité.

⁶⁹ Art. L. 751-9.

⁷⁰ Paul PIC, note sous Cass. soc. 6 juillet 1939, (1941) D.P. 34.

⁷¹ Cass. soc. 6 juillet 1939, (1941) D. 33 (jurisprudence constante); voir à ce propos J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 20.

⁷² P. PIC, loc. cit., note 70 (nous soulignons).

Et, la doctrine a pu l'interpréter comme « rente de situation (...) (et) la rupture du contrat crée, à cet égard, un préjudice qui doit être réparé par l'allocation de dommages et intérêts »⁷³ ou bien, une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause⁷⁴. C'est là une particularité du régime du V.R.P., car généralement l'appartenance d'une clientèle écarte le plus souvent certains mécanismes de protection tels que l'application du droit du travail pour une partie des professions libérales, ou bien ferme le régime d'affiliation de la sécurité sociale. Néanmoins, ce droit ne va pas jusqu'à la cession; c'est du moins la conclusion à laquelle ont abouti les juges dans un arrêt de la Cour d'appel⁷⁵ dans lequel il a été décidé d'annuler la cession d'une partie du secteur, réalisée par un V.R.P. au profit d'un tiers, car le V.R.P. est dépourvu d'un droit sur la clientèle dès lors qu'il est salarié et non mandataire.

En conclusion, le régime du V.R.P. bien qu'inséré dans le Code du travail entremêle à la fois des règles de nature salariale et de travail indépendant. On ne peut se résoudre à le ranger sous le régime des salariés de droit commun, ni même dans la catégorie du travail indépendant. L'autonomie relative dont il bénéficie ne signifie pas pour autant indépendance tant sont significatives ces zones de dépendance, zones scrutées par le droit du travail qui y a remédié de façon adaptée, pour ce type de profession en utilisant tout à la fois, **la voie législative et celle des partenaires sociaux.**

⁷³ D. FERRIER, op. cit., note 4, p. 60.

⁷⁴ « Indépendante du profit, la rétribution salariale est source d'un déséquilibre considéré comme anormal entre le prix de la mise à disposition de la force de travail et la valeur née de sa mise en œuvre : l'indemnité de clientèle corrige ce déséquilibre (...) La référence à l'enrichissement sans cause est alors indirecte : la propriété de l'employeur sur le produit de travail est causée par le salaire. Seul le montant de la contrepartie stipulée par le contrat de travail s'avère du fait de l'existence de l'indemnité de clientèle, insuffisant : par une disposition exceptionnelle, la rétribution versée à un salarié est assise sur le profit procuré. », dans T. REVET, op. cit., note 28, p. 279.

⁷⁵ C.A. Paris, 1^{ère} ch. A., 1 déc 1993, Kebers c. Bres, (1994) J.C.P. (éd. E) pan. 261, cité par Virginie RENAUX-PERSONNIC, L'avocat salarié: entre indépendance et subordination, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1998, p. 149.

(c) Méthode de qualification
révisée : les faits, un point de
vue réaliste et économique

Le régime du V.R.P. est un régime d'ordre public et les parties ne peuvent y renoncer de façon conventionnelle :

« Les conditions d'exercice effectif remplies, les dispositions de l'article L. 751-1 du Code du travail sont d'ordre public. L'intermédiaire de commerce se voit alors impérativement et automatiquement attribuer la qualité de V.R.P. et ne peut renoncer aux dispositions du statut. »⁷⁶

Il est un fait confirmé dans les termes mêmes du législateur, le caractère essentiel des faits dans la détermination et l'octroi du statut de représentant. D'ailleurs, Jean Grimaldi d'Estra⁷⁷ souligne la redondance de cette volonté législative exprimée dans la loi : « Les V.R.P. « **exercent en fait** » la profession (art. L. 751-1, 2°); les V.R.P. ne « **font effectivement** aucune opération commerciale pour leur compte personnel » (art. L. 751-1, 3°); le possible cumul d'activités s'applique aux V.R.P. qui obéissent à la condition d' « **exercice effectif et habituel** de la représentation » (art. L. 751-2); « en l'absence de contrat écrit, les personnes **exerçant** la représentation » (art. L. 751-4).

Le législateur a voulu garantir l'octroi du statut de représentant dès lors que sont remplies les conditions nécessaires et exigées. Dans ce cas, une présomption simple s'applique⁷⁸ qui pourra être battue en brèche par une preuve inverse, par exemple que l'une des conditions prévues à l'article L. 751-1 comme le caractère exclusif fasse défaut. Cette

⁷⁶ J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 14.

⁷⁷ Id.

⁷⁸ art. L. 751-4 « En l'absence de contrat écrit, les personnes exerçant la représentation sont présumées être des voyageurs, représentants ou placiers, soumis aux règles particulières du présent titre. ».

disposition démontre la volonté de s'en remettre aux faits pour conclure au bénéfice de ce statut en l'absence de contrat écrit. « Cet abandon de la primauté des stipulations contractuelles est l'une des manifestations de la spécificité et de l'effectivité du lien de subordination juridique »⁷⁹. La loi met en relief l'importance des conditions concrètes de l'exécution et souligne l'attrait du législateur pour **la dimension économique** de la relation.

(2) La dépendance dans l'exercice de la représentation ignorée par la jurisprudence québécoise.

C'est sur un terrain nettement plus linéaire qu'est abordée la question du représentant au Québec. En effet, la représentation en droit québécois n'est en principe soumise à aucun régime juridique approprié. La représentation comme activité économique navigue tantôt à bord du droit du travail, tantôt à bord du droit civil plus précisément en tant que mandat ou contrat d'entreprise.

Par contre, la doctrine⁸⁰ sur ce point a tenté de définir l'intermédiaire de commerce et l'exploration à laquelle a procédé un auteur a permis de relever les différents statuts qui jalonnent ce type d'activités. Avant tout, ce sont ceux qui font « (...) profession d'offrir leurs services pour négocier ou conclure la vente de biens ou de prestations de services, mais qui ne sont pas propriétaires des biens qu'ils vendent ou qui ne fournissent pas eux-mêmes les services qu'ils négocient ». Parmi eux, il faut distinguer les agents, des auxiliaires de commerce « (...) c'est-à-dire des autres agents à commission comme les agents d'assurances, les voyageurs et représentants de commerce, les commis et les autres

⁷⁹ T. REVET, *op. cit.*, note 28, p. 171.

⁸⁰ Nicole L'HEUREUX, « La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce » (1977) 18 *Cahiers de droit* 397-454, p. 401.

préposés. »⁸¹. Dans le premier cas, tout lien d'autorité est exclu tandis que dans le cadre d'un auxiliaire de commerce, il existe « un lien d'autorité qui est une atténuation du concept de subordination. »⁸².

Sur un plan comparatif, « l'intermédiaire de commerce » ou « l'agent autonome » correspond à ce qu'on appelle en France « l'agent commercial ». Il est un commerçant qui traite dans l'intérêt de ses clients mais également dans son intérêt. Le terme comprend les courtiers, les facteurs ou les marchands à commission et les agents autonomes. Il doit être évincé de l'analyse car il ne correspond pas à la réalité que nous cherchons à observer.

Cette distinction démontre simplement que la représentation commerciale peut être assumée par un salarié ou par un travailleur indépendant⁸³ au Québec, tandis qu'en France trois options sont possibles, le salariat pur et simple, le contrat d'entreprise ou le mandat et, le statut de V.R.P. Le Québec n'offre qu'un cadre légal spécifique pour certains types de mandats professionnels. Ainsi en est-il ainsi pour les représentants en assurances, en valeurs mobilières, les experts en sinistre et les planificateurs financiers⁸⁴, les courtiers en immeubles⁸⁵, les agents de voyage⁸⁶.

L'auxiliaire de commerce du Québec doit être rapproché du V.R.P. en France qui, en regard des fonctions exercées, lui ressemble incontestablement. Au Québec, l'auxiliaire bénéficie de l'ensemble des mécanismes de protection propres aux salariés et ce « (...) quelles que soient les modalités du calcul de sa rémunération et l'étendue de sa tâche »⁸⁷.

⁸¹ *Id.*, p. 402.

⁸² *Id.*, p. 403.

⁸³ « La notion de mandat commercial, pour tenir compte des activités exercées par divers agents régis par ce contrat, admet que la représentation, tout en étant un élément ordinaire du mandat n'est pas essentielle à ce contrat », dans *Id.*, p. 404.

⁸⁴ Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q. c. D-9.2.

⁸⁵ Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q. c. C-73.1.

⁸⁶ Loi sur les agents de voyage, L.R.Q. 1974, c. A-10.

⁸⁷ N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 80, p. 404.

lui, il n'est pas un commerçant, il dispose d'une certaine autonomie à l'égard de l'employeur dont le degré, d'un cas d'espèce à l'autre, peut varier considérablement. En revanche, du point de vue du régime juridique, le Québec et la France enregistrent de profondes divergences.

Ainsi, l'auxiliaire de commerce et le représentant commercial non indépendant ne bénéficient d'aucune disposition spécifique. C'est là un point majeur sur lequel il convient de s'attarder, car il permet à la fois de saisir toute l'originalité accordée par la législation française au V.R.P., d'entrevoir la disparité du régime de protection pour un même type de fonction entre deux pays et de poser un regard sur les critères d'identification du contrat de travail.

La responsabilité personnelle de l'auxiliaire ne s'étend pas aux actes posés dans l'exercice de ses fonctions, pas plus qu'il ne dispose de droit sur la clientèle ni d'aménagements spécifiques en cas de rupture du contrat. **L'abandon d'une clientèle** ne donne aucun espoir au salarié de percevoir une indemnisation relative à sa perte. La jurisprudence est formelle sur ce point. Ainsi, le représentant aux ventes de produits financiers tire sa « (...) rémunération de son travail sous forme de commissions mais comme tout autre vendeur salarié payé à commissions qui, soucieux d'accroître ses revenus, **développe une clientèle qui sera toujours celle de l'entreprise qui a retenu ses services** »⁸⁸. Il est encore plus surprenant de constater que, dans le cas du représentant indépendant, l'indemnité pour perte de clientèle n'est pas légalement reconnue. L'indemnisation du préjudice résultant de cette perte dépend de la « reconnaissance jurisprudentielle du caractère d'intérêt commun du contrat et de l'irrévocabilité que l'on peut y attacher (...) »⁸⁹ sauf en cas de rupture fautive⁹⁰.

⁸⁸ *Couture c. Services Investors ltée*, (2000), R.J.D.T. 1730 (C.T.) (nous ajoutons le gras).

⁸⁹ Génomira BRAS-MIRANDA, « Le contenu obligationnel du contrat de représentation commerciale internationale » (1997) 57-3 *Revue du Barreau* 491- 587, 566.

On ne peut que s'étonner du contraste avec l'état du droit français pour qui l'indemnité de clientèle présente un caractère d'ordre public dans la mesure où la rupture résulte d'un des cas énumérés limitativement à l'article L. 751-9⁹¹. Dans ce cadre, la jurisprudence considère que l'indemnité vise à compenser le préjudice matériel subi par le représentant en raison de son départ et de la perte pour l'avenir de la clientèle qu'il s'était forgée. **Le représentant est privé des retombées espérées de ses prospections du fait de l'employeur.** Ainsi, dans le cadre d'une rupture de contrat du fait de l'employeur, le V.R.P. bénéficie, sauf faute grave de sa part, non seulement d'un délai-congé mais aussi d'une indemnité de clientèle. Encore une fois, il existe une spécificité quant à la détermination du délai-congé. Puisque le V.R.P. est attaché à un produit et à un secteur géographique, il devra fournir des efforts importants pour recouvrer une situation professionnelle. Quant à l'employeur, il devra pour sa part recomposer l'activité de prospection avec un nouveau représentant. Ce sont ces circonstances pratiques qui vont amener le législateur à prévoir une **durée minimale de préavis** que la rupture soit à l'initiative de l'une ou l'autre des parties. Aussi l'article L. 751-5 prévoit la détermination de la durée du délai-congé par les parties, durée qui est nécessairement égale ou supérieure au montant fixé par les conventions collectives du travail⁹² ou à défaut par les usages, tandis qu'au Québec, on note

⁹⁰ En l'espèce, un représentant aux ventes après avoir travaillé 14 ans pour l'imprimerie décide avec l'ex-employeur de s'incorporer et d'agir désormais à titre de travailleur autonome. Dix ans après cette entente et alors que le représentant développe sa clientèle, l'imprimerie rompt son contrat brutalement. Le représentant voit son action en dommages et intérêts accueillie et le juge pour en fixer le montant additionne la période où le demandeur a agi à titre de représentant et d'entrepreneur indépendant. Une indemnité égale à six mois lui sera versée; Cardinal c. Imprimerie Ross-Ellis inc., D.T.E. 99T421 (C.S.).

⁹¹ Art. L. 751.9 « En cas de résiliation du contrat à durée indéterminée par le fait de l'employeur et lorsque la résiliation n'est pas le fait de la faute grave de l'employé (...) celui-ci a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui, compte tenu des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions qui pourraient être constatées dans la clientèle préexistante et provenant du fait de l'employé (...). ».

⁹² À titre d'illustration, l'article 12 de l'Accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 prévoit une durée minimale du délai congé d'un mois pour la première année, de deux mois pour la seconde année.

l'absence d'indemnisation légale en cas de rupture du contrat, sauf lorsqu'il est salarié.

Or, c'est un moment où **les parties sont vulnérables**, et tout particulièrement le représentant. Ce silence de la part du législateur québécois montre que le régime est « (...) plus protecteur des intérêts des représentés, donc plus favorable au commerce »⁹³.

En outre, et cela constituait en 1975 un troisième aménagement original, l'Accord national interprofessionnel prévoyait et prévoit encore à ce jour que la mise en oeuvre d'une **clause de non-concurrence**, en cas de rupture du contrat, aboutit à l'octroi d'une indemnité destinée à compenser l'interdiction de faire concurrence⁹⁴. Le défaut de paiement de cette dernière libère l'employé de son obligation de non-concurrence à l'égard de son ex-employeur. Il s'agissait là d'une originalité en 1975 qui ne l'est plus depuis que la Cour de cassation en 2002 a consacré cette obligation de versement d'une contrepartie financière à titre de condition de validité de la clause de non concurrence.

Le Québec contraste donc par l'absence de régime juridique spécifique en matière de représentation commerciale. Que l'on soit dans le cadre de la représentation commerciale indépendante, où les règles de base du mandat constituent les fondements de la matière ou dans le cadre de la représentation commerciale salariée gouvernée par le droit commun du travail, on aboutit au même constat l'absence de règles spécifiques. Certains auteurs ont pu expliquer ce non-interventionnisme par l'influence de la common law, peu encline par tradition juridique à l'élaboration de loi spéciale et très favorable par ailleurs à la prédominance du droit commercial⁹⁵.

⁹³ G. BRAS-MIRANDA, loc. cit., note 89, 584.

⁹⁴ Cass. soc. 25 fév. 2003, n° du pourvoi 00-46263, arrêt n° 599.

⁹⁵ Voir à ce propos les constats similaires de G. BRAS-MIRANDA, loc. cit., note 89, 512; E. GROFFIER, loc. cit., note 3, p. 447 « l'influence de la common law se fait sentir de façon considérable sur ce contrat, ce qui permet d'étudier le « fonctionnement *in vivo* d'un droit mixte » pour reprendre l'expression du professeur Tancelin. ». Et pour la France, Martine BEHAR-TOUCHAIS, « La protection du réseau de distribution », dans Centre de droit des affaires de l'Université des sciences de Toulouse 1, Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence - Actes du colloque de l'université de Toulouse 1 des 24 et 25 mars

Outre l'absence de régime de protection, il faut noter que la structuration de la relation pèse lourd dans la qualification du contrat en l'absence de régime spécifique. En effet, on note que, dans l'état actuel de la jurisprudence, la présence de plusieurs employeurs⁹⁶ agit comme un indice favorable à l'exclusion du statut de salarié. La protection sociale propre aux travailleurs salariés échappe alors au représentant. Par exemple, la législation des accidents du travail⁹⁷, malgré la présomption légale établie, réfute la présomption en faveur du salariat lorsque les représentants travaillent simultanément pour plusieurs personnes, et ce, malgré une interprétation libérale de la jurisprudence⁹⁸. Par conséquent, le travailleur autonome, qui offre ses services simultanément auprès de plusieurs entreprises⁹⁹, pourra bénéficier de la protection légale, comme l'édicte l'article 18, dans la mesure où il¹⁰⁰ s'inscrit auprès de la C.S.S.T.¹⁰¹. Or, si

1995, Paris, éd. Monchrestien, 1996, 152 p., p. 53-67 et M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 2.

⁹⁶ Premier Fastener ltée et Commission de la santé et sécurité au travail, D.T.E. 96T159 (B.R.P.); Commission des Normes du Travail c. 1338709 Canada inc., D.T.E. 99T667 (C.Q.); Wright c. Luminaction inc., (C.Q.) D.T.E. 99T657; Cardinal c. Imprimerie Ross-Ellis inc., D.T.E. 99T421 (C.S.).

⁹⁷ Loi sur les accidents du travail et des maladies professionnelles, L.R.Q., c. A-3001, art. 9 « Le travailleur autonome qui, dans le cours de ses affaires, exerce des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement de cette personne est considéré comme un travailleur à l'emploi de celle-ci sauf : s'il exerce ces activités : a) simultanément pour plusieurs personnes (...) ».

⁹⁸ Premier Fastener ltée et Commission de la santé et sécurité au travail, précité, note 96 : « Ces représentants ne peuvent être considérés comme des travailleurs au sens de la loi, et les sommes qui leur sont versées doivent être exclues de la masse salariale de l'employeur. Toutefois, les représentants qui ne vendent que les produits de l'employeur doivent être considérés comme des travailleurs au sens de la loi et l'on doit inclure les sommes qui leur sont versées dans la masse salariale de l'employeur » (nous soulignons) (la masse salariale déclarée par l'employeur sert de base de calcul pour la détermination de la contribution de l'employeur à la CSST).

⁹⁹ Les Productions de Café-Concert Inc. et Commission de la santé et de la sécurité au travail, (1990) C.A.L.P. 155, interprétation du mot simultanément (différent de successivement).

¹⁰⁰ Par ailleurs, l'article 19 de la L.S.S.T. prévoit également qu'une association de travailleurs autonomes peut inscrire ses membres à la C.S.S.T. et elle est considérée alors comme employeur pour les fins du paiement des cotisations qu'elle peut percevoir de ses membres en retour. En pratique le plus souvent ces travailleurs

l'on avance le régime français dans un but de comparaison, le V.R.P., qu'il travaille pour un employeur ou pour plusieurs, soit le représentant multicartes, bénéficie toujours de la législation spécifique.

Nuançons, cependant, du point de vue de la qualification juridique, puisqu'il est certain que l'insertion de la notion « d'entrepreneur dépendant »¹⁰² favorise le rattachement de ces travailleurs au salariat. Cette notion permet de capter l'autonomie du travailleur sans toutefois l'exclure par indépendance et ainsi de rattacher à la législation sociale des formules de travail nouvelles. En revanche, l'absence de critère spécifique peut en certaines circonstances éluder l'application du statut de salarié. En effet, alors qu'une représentante aux ventes s'est vue attribuer un territoire déterminé, qu'elle était rétribuée au moyen des commissions seulement, mais n'avait aucun objectif de ventes ni de rendement de production, elle a été tout de même qualifiée de travailleuse autonome par une cour civile¹⁰³. En contraste, la législation française exige la détermination par les parties d'un champ d'activité sans quoi son absence « serait le signe d'une indépendance »¹⁰⁴. D'ailleurs, une jurisprudence constante de la Cour de cassation¹⁰⁵ rappelle que « **l'existence d'un secteur de prospection est l'un des éléments essentiels exigés pour l'application du statut légal de V.R.P.** »¹⁰⁶. Ceci étant notons que l'espèce relevée plus tôt dans la

autonomes ne s'inscrivent pas en raison sans doute du coût associé à une telle déclaration, puisqu'il devra assumer une double cotisation, celle équivalant à celle de l'employeur et la sienne. En outre on voit fréquemment les travailleurs autonomes se tourner vers des polices d'assurance personnelle.

¹⁰¹ C.S.S.T. « Commission de la Santé et Sécurité au Travail ».

¹⁰² Est un entrepreneur dépendant, le représentant aux ventes pour des cours de formation qui perçoit un salaire annuel en plus de commissions, et ne prend pas de risque et dont l'exercice du travail manifeste l'existence d'un contrôle effectif exercé par l'employeur : Buth et Collège d'enseignement général et professionnel John Abbott, D.T.E. 96T295 (C.S.).

¹⁰³ Commission des normes du travail c. 133879 Canada inc., D.T.E. 99T667 (C.Q.).

¹⁰⁴ J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 11, § 56.

¹⁰⁵ Cass. Soc. 19 mai 1962, Bull. civ. V, n° 503, (1962) II J.C.P. éd. G. 12845, cité J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 12, § 57.

¹⁰⁶ J. GRIMALDI D'ESTRA, loc. cit., note 15, p. 14 (en gras dans le texte).

jurisprudence québécoise émane des cours civiles et, en ce sens, doit être analysée avec circonspection, car la qualification semble contestable.

* * *

En conclusion, il reste que **la difficulté à identifier** adéquatement un travailleur soumis à des conditions de travail où règne une grande autonomie laisse toujours un aléa quant à l'issue de la qualification possible du contrat. La reconnaissance et l'identification législative des conditions d'application d'un statut, même si elles alourdissent le paysage juridique, demeurent un gage de sécurité pour l'ensemble des parties. Sécurité à la fois juridique, chaque partie est sensée alors prendre la pleine mesure de ses droits et de ses obligations, mais également sociale, puisque l'incidence d'une protection sociale sur les activités du travailleur est considérable. L'intervention législative met ainsi fin en grande partie aux aléas et aux incertitudes propres à l'identification jurisprudentielle des contrats.

Sur le plan de l'économie du contrat, il est clair que **l'absence d'indemnité** pour perte de clientèle constitue un point fondamental dans la comparaison des régimes. En France, plus qu'une originalité ou qu'une curiosité, l'indemnisation de la clientèle appelle à la fois la reconnaissance du caractère spécifique de ces travailleurs et reconnaît que le mode d'indemnisation traditionnel du salarié est insuffisant à la réparation de l'entier préjudice subi par ce travailleur lors de la rupture prématurée du contrat du fait de l'employeur; c'est un mode adéquat et spécifique de réparation.

La conjugaison des efforts du législateur et **des partenaires sociaux** a abouti en France à l'édification d'un régime adapté à la profession de V.R.P. qui, tout en respectant l'originalité de ses modalités de travail, l'assortit d'un régime de protection lui aussi adapté. L'économie du régime rattache ainsi le représentant au salariat sans pour autant aboutir à une assimilation en tout point. En effet, certains traits, notamment ceux présentés plus haut,

montrent le soin apporté dans l'édification d'un régime spécifique. Il est certain qu'en comparaison du sort dévolu aux représentants aux ventes au Québec, le sort des V.R.P. semble plus enviable.

Certes, on peut souligner la légèreté d'une législation québécoise qui fait l'économie de ces régimes spéciaux; en revanche, on peut déplorer l'absence d'adaptabilité des règles. Il reste à ces travailleurs le pouvoir et la capacité de négocier des clauses de terminaison de fin d'emploi qui leur seront éventuellement favorables mais il se pourrait fort que leurs contenus ne soient pas aussi généreux que ceux concédés à leurs homologues français.

* * *

En conclusion de cette partie, il est remarquable de voir avec quel interventionnisme la France est venue apprivoiser en droit du travail, la part d'autonomie et d'indépendance partielle de certaines formes du travail. Le souci d'assurer une certaine stabilité dans les relations économiques, d'accorder une gamme de protections spécifiques (telle la protection de la clientèle acquise par le V. R. P.) et d'élaborer des nouveaux modes de contrôle (comme pour le travail à domicile) offrent au total une bonne adaptation du droit du travail au phénomène de l'indépendance dans la dépendance. Au Canada en revanche le souci du consensualisme a paralysé l'action législative à une exception près, celle de l'incorporation du concept d'entrepreneur dépendant dans plusieurs textes législatifs et réglementaires. Ce concept aura permis d'assouplir l'application du droit du travail à des formes de travail nouvelles.

En d'autres circonstances, le résultat est moins probant surtout lorsque le droit du travail ne parvient pas à élaborer ou à accorder un régime adéquat (les chauffeurs de taxi non propriétaires en France) ou qu'il se conforte dans une situation trop générale ou encore inadaptée pour les parties concernées (ainsi en est-il du cas des chauffeurs de taxi ou encore du travail à domicile au Québec).

Quelle que soit la zone contractuelle en concurrence (mandat, contrat d'entreprise ou de louage) avec le contrat de travail, **certaines formes d'indépendance ont été absorbées par le droit du travail** mais ce portrait optimiste ne peut occulter le rapprochement imparfait avec le droit du travail. On peut difficilement parler d'assimilation absolue dans la mesure où le sujet de droit présente certaines caractéristiques qui lui sont propres et où il requiert un régime doté de solutions nouvelles.

En effet, de ces analyses on voit émerger l'identité d'un travailleur indépendant dépendant. On observe le plus souvent qu'il est impliqué personnellement dans l'activité qu'il entreprend ou bénéficie occasionnellement d'aide (le travail à domicile). Il jouit d'une part importante d'autonomie et s'implique dans l'activité économique qu'il conduit et à laquelle il participe. Ce travailleur mène une activité avec une certaine indépendance (indépendance géographique, d'action, de décision) et prend des risques. Par contre, l'activité qu'il mène est source de dépendance. Que ce soient le locataire, le donneur d'ouvrage ou de service, l'entreprise de services, ils ont en commun le pouvoir de maîtriser un élément essentiel de l'activité du travailleur non salarié dépendant (la jouissance de l'outil de travail du chauffeur de taxi, la clientèle du représentant ou du travailleur à domicile). Ce sont eux, et non pas une réponse défavorable du marché, qui risquent de faire perdre la maîtrise de l'activité économique à ce travailleur non salarié dépendant. Cette vulnérabilité reste le plus souvent sans réponse adéquate du point de vue du régime juridique applicable. D'ailleurs le lien de subordination juridique s'est avéré à lui seul impuissant à le rapatrier dans la catégorie des salariés de droit commun. Il a fallu au Québec introduire la notion d'entrepreneur dépendant et en France diverses interventions législatives ciblées pour parvenir à un début de solution. En ce sens, **l'alliance entre ces formes de travail dites « indépendantes dépendantes » et le régime proposé par le droit du travail reste imparfaite.**

Maintenant, si l'on s'éloigne davantage de la zone du salariat pour s'approcher des formes de travail dites « indépendantes », on observe des situations qui, bien que situées en marge du droit du travail, revêtent un régime juridique qui s'est inspiré de ce droit; en ce sens, on parlera de dépendance dans l'indépendance.

PARTIE 2 – DE LA DÉPENDANCE DANS L'INDÉPENDANCE : PHÉNOMÈNE D'EXPORTATION DU DROIT DU TRAVAIL VERS DES NONS SALARIÉS DÉPENDANTS

Le phénomène d'exportation du droit du travail vers des non-salariés est souvent délaissé par les travaillistes puisque précisément les travailleurs concernés ne sont pas des salariés. Ce sont des entrepreneurs qui développent une activité fondée sur les principes de la libre concurrence, de la liberté d'entreprendre, d'agir et de contracter. Pourtant, dans la réalité, la situation est nettement plus nuancée. En effet, dans ces zones d'indépendance, le droit du travail a fait quelques incursions en exportant de façon explicite certaines règles à ces entrepreneurs. L'architecture du droit du travail est ainsi reproduite explicitement mais par petites touches seulement (**Chapitre 1**). D'autre fois, le rapprochement est encore plus délicat mais reste possible lorsque l'on observe que l'application du droit du travail s'effectue par analogie (**Chapitre 2**). Ces deux situations illustrent ce que Alain Supiot appellera « l'allégeance dans l'indépendance »¹.

¹ Alain SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination » Février 2000 (2) Droit social 131-145, p. 133 et suiv.

CHAPITRE 1 – DE L'EXPORTATION EXPLICITE DU DROIT DU TRAVAIL À DES NON-SALARIÉS DÉPENDANTS : LES ARTISTES

Depuis près de soixante ans, l'histoire du statut des artistes est jalonnée d'interventions réglementaires nationales et internationales qui convergent toutes dans un sens, celui d'accorder davantage de droits à ces travailleurs. Ce constat résulte des conditions d'exercice de l'activité artistique qui, en raison de ses caractéristiques particulières, s'accommode mal du dispositif protecteur mis en place pour les salariés de type traditionnel. La notion de temps de travail est chez l'artiste un espace difficile à compartimenter : à quel moment l'artiste cesse-t-il de créer ? Comment générer des obligations lorsque les liens qui unissent l'artiste aux producteurs sont aussi brefs que changeants ? La même observation peut être faite à l'égard de la notion d'espace, car qu'il s'agisse d'une représentation en studio ou dans le cadre d'un espace public, le lieu de travail est variable. Xavier Greffe² note :

« [u]n (...) trait omniprésent : l'intermittence et la faiblesse de leur revenu, la présence des superstars apparaissant comme une exception spectaculaire. Les rémunérations seront faibles car incertaines et peu protégées. Les palliatifs seront recherchés du côté des activités annexes ou dans un système de droits d'auteur, maëlstrom de droits moraux et économiques. »

Il en conclut qu'il faut considérer l'artiste comme un « **entrepreneur de lui-même** »³.

² Xavier GREFFE, Arts et artistes au miroir de l'économie, Paris, éd. UNESCO et Économica, 2002, 316 pages, p. 109.

³ A. et al. NEGRI, Des entreprises pas comme les autres, Paris, éd. Publications Sud, 1993, cité par id., p. 107 et 109.

Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que cette question du statut des artistes avant d'avoir fait l'objet d'une intervention sur le plan national a suscité une réflexion sur le plan international et suscité l'engagement formel des États, dont le Canada, à remédier au déficit législatif protecteur pour les artistes.

Préalablement à l'exposé des dispositions spécifiques nationales, il conviendra dans un premier temps de présenter les grandes lignes des textes internationaux adoptés sur cette question (**Section 1**) pour, dans un second temps, analyser la conséquence de ces textes sur le plan national (**Sections 2 et 3**).

Section 1 - La condition de l'artiste et le droit international.

En 1980, à l'occasion de sa 28^e session, la Conférence Générale de l'U.N.E.S.C.O. a adopté la Recommandation relative à la condition de l'artiste⁴. Mandatée par les Nations Unies, l'U.N.E.S.C.O. a pour fonction de veiller à la préservation et à la promotion de la diversité des cultures⁵, comme patrimoine commun de l'humanité. C'est dans ce cadre avec le souci constant d'assurer la promotion des droits de l'Homme que le texte de la Recommandation doit être analysé. Son contenu, on en conviendra, outrepassa la seule condition de l'artiste, et prévoit à son attention quelques lignes directrices.

⁴ Le 27 octobre 1980, 28^e session, Belgrade. Disponible à l'adresse suivante :

http://www.unesco.org/culture/laws/artist/htm_fr. (ci-après citée, « la Recommandation »).

⁵ Le souci de maintenir la paix et la sécurité « en resserrant, par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre les nations », la nécessité d'adopter des mesures destinées à la préservation, au développement et à la diffusion de la culture afin d'assurer le plein exercice de ces droits ont été au cœur de la rédaction de la recommandation; dans le Préambule de la Recommandation.

Dans ses grands principes, la Recommandation affirme le rôle primordial de l'État dans l'édification d'un statut pour l'artiste, avant de s'intéresser aux différentes facettes de la vie de l'artiste, telles que ses conditions de vie et de travail et la question des organisations syndicales et professionnelles ou encore de sa formation. Sur ces aspects, le texte précise en préambule :

« (...) certaines normes de l'O.I.T. permettent des dérogations ou même excluent formellement les artistes, ou certaines catégories d'entre eux, en raison des conditions spéciales de l'activité artistique, et qu'il faut en conséquence étendre le champ d'application de ces normes et les compléter par d'autres.

Considérant en outre la qualité de travailleur culturel (...) ne doit porter aucune atteinte à sa liberté (...) et doit, au contraire, lui assurer sa dignité et son intégrité. »⁶

Le texte va plus loin, il propose une voie d'action et pose au centre du débat **l'État comme agent fondamental de changement** :

« Convaincu qu'une action des pouvoirs publics devient nécessaire et urgente pour porter remède à la situation préoccupante des artistes constatée (...) notamment du point de vue des droits de l'homme et des conditions économiques et sociales et de l'emploi »⁷.

Parmi les principes directeurs énoncés dans la recommandation, un aspect s'avère particulièrement important pour le sujet traité. L'art, reflet de l'expression d'une identité, doit être accessible. Dans cette perspective, la contribution des **États** s'avère essentielle pour instituer et maintenir « un climat propice à la liberté d'expression » et surtout pour offrir « les conditions matérielles facilitant l'expression de ce talent créateur. »⁸. C'est encore lui qui sera en mesure d'encourager l'exercice d'un **droit à la représentation**

⁶ Préambule de la Recommandation.

⁷ Id.

⁸ Id.

collective ou professionnelle. L'État doit promouvoir, protéger et défendre avec comme principale préoccupation la protection du droit d'association.

« Les États membres devraient assurer aux artistes, pour autant que nécessaire, par des mesures législatives et réglementaires appropriées, la liberté et les droits de constituer des organisations syndicales et professionnelles de leur choix ainsi que de s'affilier à ces organisations (...) »⁹

Au cœur de ce dispositif, le texte reconnaît le particularisme du travail de l'artiste qui doit, s'il le désire, être reconnu comme « un travailleur culturel et à bénéficier, en conséquence, de tous les avantages juridiques, sociaux et économiques afférents à la condition de travailleur, compte tenu des particularités qui peuvent s'attacher à sa condition d'artiste ». Il précise les enjeux relatifs au contenu matériel des conditions de travail pour les artistes. Parmi ces conditions, le texte relève avant tout « la nature complexe de l'activité artistique et des formes différentes qu'elle revêt et, en particulier, de l'importance, pour les conditions de vie et de développement du talent des artistes, de la protection de leurs droits (...) »¹⁰. Il y a au surplus une spécificité de l'activité artistique qui résulte de « l'intermittence de l'emploi et des variations brusques de revenus »¹¹, de leur « caractère aléatoire »¹² mais aussi de la possible brièveté de vie du métier¹³.

L'ensemble de ces caractéristiques réclament des aménagements novateurs propres à la condition de l'artiste. Deux illustrations issues de la Recommandation en font état. Il faut, indique le texte, « (...) rechercher les moyens d'étendre aux artistes la protection juridique concernant les conditions de travail et de l'emploi telle qu'elle a été définie par

⁹ Recommandation, partie III, Principes directeurs, art. 4.

¹⁰ Préambule de la Recommandation.

¹¹ Recommandation, Partie IV, L'emploi, les conditions de travail et de vie de l'artiste; organisations professionnelles et syndicale, art. 5.

¹² Id., art. 7 (a)

¹³ Id., art. 7

les normes de l'Organisation internationale du travail (...) »¹⁴ et prévoir, lorsque ces conditions ne peuvent être appliquées en raison des caractéristiques spécifiques du métier, « des formes appropriées de compensation en faveur de l'artiste, de préférence en consultation avec les organisations représentant les artistes et leurs employeurs »¹⁵. Il s'agit également d'examiner les systèmes de participation, de contribution qui peuvent léser les droits des artistes « du point de vue de leurs revenus réels et de leurs garanties sociales »¹⁶ et de définir les « (...) mesures [qui] devraient être prévues pour étendre la protection sociale (...) »¹⁷ et, ultimement, envisager « (...) l'adoption de modes de financement spéciaux de la sécurité sociale des artistes (...) »¹⁸.

Finalement, le texte mentionne que les « (...) États membres devraient promouvoir et protéger le statut de l'artiste en encourageant les activités artistiques » et,

« (...) veiller à ce que l'artiste bénéficie des droits et de la protection prévus par la législation internationale et nationale relative aux droits de l'homme : S'efforcer de prendre des mesures utiles pour que les artistes bénéficient des droits conférés à une catégorie comparable de la population active (...) de conditions de vie et de travail, et de veiller à ce que l'artiste dit indépendant bénéficie dans les limites raisonnables d'une protection en matière de revenus et de sécurité sociale. »¹⁹

Ce texte pose deux constats. L'artiste échappe le plus souvent aux mécanismes classiques de protection sociale et du travail en raison du caractère atypique de ses modalités de travail, à savoir un travail intermittent, un travail de création et la multiplicité des donneurs d'ouvrage. Le second constat présente l'État comme l'agent principal désigné pour créer un élan en faveur d'une meilleure reconnaissance et d'une plus grande protection sociale de l'artiste.

¹⁴ Id., art. 2

¹⁵ Id., art. 2 (d)

¹⁶ Id.

¹⁷ Id., art. 5

¹⁸ Id.

Par la signature de cette Recommandation, le Canada s'engageait à élaborer un vaste programme de politiques publiques destinées à financer l'activité artistique et à assurer aux artistes le bénéfice de droits comparables à ceux de la population active et, ultimement, à élaborer un statut professionnel. L'originalité du statut proposé par les législations canadienne et québécoise est incontestable. Les constats et les lignes directrices énoncés à Belgrade serviront de trame de fond à l'élaboration de futurs textes législatifs. Le Québec allait quelques années après la Conférence proposer un encadrement législatif novateur destiné aux artistes professionnels, soit des travailleurs autonomes, préservant dans ses grandes lignes l'autonomie des artistes en plus d'introduire certains mécanismes remaniés propres au droit du travail, comme la négociation collective. Il sera suivi plus tard par le législateur fédéral. Aussi convient-il d'en examiner les traits caractéristiques afin d'analyser le traitement juridique accordé à ces travailleurs autonomes qui, pourtant, bénéficient de mécanismes de protection et d'encadrement tirés directement du droit du travail.

¹⁹ Id., art. 3

Section 2 - Une négociation collective pour les artistes indépendants : l'originalité canadienne

Bien avant la signature de la Recommandation, les associations vont donner au législateur l'empreinte future des textes, un modèle de négociation collective au profit d'une communauté de travailleurs indépendants. Ces associations, organisées selon leurs disciplines, vont exercer des pressions en faveur d'une intervention législative. Et, au retour de Belgrade, la légitimité de leur intervention est bien assise.

Avant que l'intervention législative reprenne l'initiative à son compte, il apparaît important de relever les grands traits de cette organisation spontanée. Elle s'organise autour d'une adhésion libre. Les artistes pigistes, représentés par une association, parviennent à négocier pour leurs membres des accords-cadres avec certains producteurs lesquels fixent des conditions de travail minimum. Ces ententes ne sont pas le fruit d'une obligation légale mais bien d'une **structuration spontanée du milieu**. Dans l'histoire du travail, il s'agit là d'un modèle unique pour l'Amérique du Nord mais, aussi, exemplaire en raison du caractère autonome et spontané des ententes conclues entre les associations d'artistes et de producteurs ou diffuseurs. Il est aussi pour beaucoup le symbole de la réussite acquise au moyen d'une **grande solidarité** entre membres.

Par contre, il présente des fragilités incontestables. Le cadre législatif en vigueur n'offre à l'époque aucune base légale à la reconnaissance de ces associations de travailleurs autonomes. Par conséquent, le risque pour ces associations d'enfreindre la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions²⁰ au motif de pratiques ou d'accords anticoncurrentiels est réel. D'ailleurs, plusieurs associations font déjà l'objet d'enquêtes au moment où le législateur québécois va enfin se décider à intervenir. Autre élément fâcheux, c'est celui de l'absence

²⁰ Loi abrogée et remplacée par la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 45 à 49.

de garanties quant aux qualités attachées au bon déroulement des négociations et au respect de certains principes tels que, la bonne foi des parties lors des négociations²¹, lesquelles minent l'action collective.

Un premier groupe de travail²² verra le jour en 1986 avec pour mission d'éclairer la question du statut de l'artiste. Les conclusions du rapport recommandent la reconnaissance légale des organisations représentant les artistes professionnels autonomes comme agents de négociation collective²³. Il propose également des critères d'admissibilité destinés à étendre aux artistes professionnels le bénéfice de l'assurance emploi. Sur ce point, la réglementation ne s'ajustera pas sauf dans la mesure où l'artiste est salarié²⁴. En conclusion, le Groupe de travail prend acte du travail accompli depuis plus de quatre décennies par différentes organisations²⁵ et rappelle les engagements pris à Belgrade²⁶. Il

²¹ Voir à ce propos, « La négociation collective chez les pigistes : l'expérience de l'Union des artistes » par M^e Sylvie Blanchette, avocate auprès de l'Union des Artistes, dans Élargir le Code du travail, exposé prononcé à Montréal lors de la 10^e journée de droit social et du travail, Université de Québec à Montréal, 14 mai 1999; Voir aussi sur ce point, Lorraine FARKAS, Travailleurs autonomes et négociation collective, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999, 5 p., disponible sur le site : <http://www.capprt-tcrpap.gc.ca>

²² Gratien GÉLINAS, Paul SIREN, Le statut de l'artiste - Rapport du Groupe de travail, Ottawa, Ministère des communications, 1986, 93 p.

²³ *Id.*, p. 13.

²⁴ En effet, le Règlement sur l'assurance-emploi, C.R.C., c. E-5.6, DORS/96-332 prévoit en son article 8. « (1) la disposition suivante : sous réserve des paragraphes (2) à (4), sont exclus des emplois assurables les emplois suivants : a) l'emploi exercé par une personne, autrement qu'à titre d'artiste du spectacle, dans le cadre d'un cirque, d'une foire, d'un défilé, d'un carnaval, d'une exposition ou d'une activité semblable, si: (i) d'une part, elle n'exerce pas régulièrement un emploi au service de l'employeur qui l'a embauchée à cette fin, (ii) d'autre part, elle exerce cet emploi au service de cet employeur pendant moins de 7 jours par année ».

²⁵ L'Union des Artistes, l'ACTRA, la Canadian Actors' Equity, l'American Federation Musicians et l'Independent Artists' Union.

²⁶ Recommandation, art 4 (a).

réclame une intervention législative sur ce point de façon à « efficacement définir et protéger les droits économiques de la profession artistique »²⁷.

Les retombées de ce rapport furent rapidement constatées puisque le législateur québécois adopta successivement deux lois²⁸ relatives aux statuts des artistes et, quelques années plus tard, ce sera au tour du gouvernement fédéral d'adopter une loi²⁹ semblable à celle en vigueur au Québec. Cette Loi sur le statut de l'artiste autorise également les artistes à former des associations pour les représenter dans le cadre de négociations avec les producteurs oeuvrant dans les domaines de compétence fédérale à savoir, la radiodiffusion et la télécommunication, les sociétés d'État et les ministères de compétence fédérale. Avant d'étudier le contenu desdites lois, notons au passage quelques remarques relatives au rôle de l'État et les liens qu'il entretient avec l'art.

Ce lien est à la fois riche de sens mais peut s'avérer pernicieux, comme en fait preuve l'histoire³⁰. Au Québec, le rôle de l'État s'est révélé nécessaire et stimulant. En effet, pour la société québécoise, une relation étroite est admise entre la vitalité des arts et le maintien de l'identité culturelle. Dans ce cadre, les mesures en faveur d'une meilleure

²⁷ G. GÉLINAS, P. SIREN, op. cit., note 22, p. 36.

²⁸ Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, L.R.Q., c. S-32.1 (ci-après citée, « S-32.1 ») et Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs, L.R.Q. c. S-32.01 (ci-après citée, « S-32.01 »).

²⁹ Loi concernant le statut de l'artiste et régissant les relations professionnelles entre artiste et producteurs au Canada, (titre abrégé); Loi sur le statut de l'artiste, L.R.C. 1992, c.33 (ci-après citée « c.33 »).

³⁰ Voir pour un exposé historique de cette alliance ainsi que les enjeux qui y sont attachés, dans Danielle CLICHE, « Status of the Artist or of Arts Organizations? : A Brief Discussion on the Canadian Status of the Artist Act », (1996) Vol. 21 n° 2 Canadian Journal Of Communications, 11 pages, disponible sur le site <http://www.wlu.ca>

reconnaissance des artistes ne soulèvent pas d'opposition significative³¹ car c'est un argument acquis. Selon Macpherson³², « l'exception culturelle » est non seulement reconnue par le Québec, mais aussi par le Canada et tend à figurer désormais dans de nombreux accords de libre-échange. Dans ce contexte, il apparaît peu étonnant que le Québec ait été la première province à légiférer en ce domaine³³.

Le cadre légal actuel destiné aux artistes est composé de deux lois provinciales et d'une loi fédérale, à savoir la Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma³⁴ la Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs³⁵ et la Loi sur le statut de l'artiste³⁶, respectivement. Cette dernière postérieure aux deux autres s'inspire très largement de la loi provinciale relative aux artistes de la scène, du disque et du cinéma³⁷.

Après avoir présenté les grandes lignes de la négociation collective sectorielle entre les artistes indépendants et leurs donneurs d'ouvrage (§-1), on analysera la spécificité du régime afin de mettre en exergue les modalités employées pour accorder, à ces travailleurs(euses) autonomes artistes, des mécanismes de protection spécifiques à leur condition (§-2). À partir de ce constat, une réflexion pourra être menée sur l'encadrement de cette forme de dépendance par le droit.

³¹ « (...) the province of Québec was the first to grant such recognition and support to artists and their associations », dans ÉLIZABETH MACPHERSON, « Collective Bargaining for Independent Contractors: Is the *Status of the Artist Act* a Model for the Industrial Sectors ? », (1999) 7 Canadian Labour Employment Law 359

³² « (...) the province of Québec was the first to grant such recognition and support to artists and their associations », dans id.

³³ HERNAN GALPERIN, « Cultural Industries in the Age of Free-Trade Agreements », (1999) Vol. 24 n° 1 Canadian Journal Of Communications, 11 pages, disponible sur le site <http://www.wlu.ca>

³⁴ S-32.1

³⁵ S-32.01

³⁶ c.33

³⁷ S-32.1

§-1. *Une négociation collective sectorielle entre travailleurs indépendants et donneur d'ouvrage*

La facture des lois québécoises et fédérale propose trois volets originaux. Ces lois s'adressent aux artistes professionnels indépendants (1). Elles reconnaissent le droit pour des artistes, travailleurs autonomes, de s'associer (2) dans le but de confier à une association représentative le pouvoir de négocier un certain nombre de conditions de travail qui seront scellées dans un document appelé entente ou convention ou accord cadre (3).

(1) Les artistes professionnels indépendants

Deux qualités semblent fondamentales dans le bénéfice des lois, être un artiste professionnel et indépendant. Étudions chacune d'elles.

L'artiste indépendant visé par les textes travaille à son compte³⁸ dans un champ défini. Le statut d'entrepreneur indépendant ouvre à l'artiste le bénéfice de cette loi. Par contre, il y échappe totalement lorsqu'il offre des services dont la nature est incorporée à une unité d'accréditation au sens du Code du travail³⁹ ou visée par un décret de convention collective. Respectivement pour les trois lois⁴⁰, le modèle législatif souligne l'adhésion à la cause des entrepreneurs indépendants dans le secteur des arts et ne vise d'aucune façon à

³⁸ Art. 6 S-32-1; art. 7 (2) S-32.01; art. 6(b) et 18(b) c.33.

³⁹ Code du Travail, L.R.Q., c. C-27; Code canadien du travail, L.R.C., (1985), c. L-2.

⁴⁰ Art. 5 S-32.01; art. 5 S-32.01; art. 9 (3b) c.33.

encadrer l'activité de l'artiste salarié. D'ailleurs, le préambule à la loi fédérale souligne cet objectif en reprenant les engagements pris par le gouvernement à Belgrade⁴¹.

Plus qu'un artiste indépendant, il faut être **professionnel** aux termes de chaque loi. Cette qualité s'avère essentielle aux fins de détermination de la représentativité de l'association. Elle est en outre nécessaire pour acquérir « (...) a degree of potential economic and social status (...) »⁴² et distinguer celui qui exerce une activité artistique en tant que passe-temps ou simple intérêt personnel de celui qui l'effectue de façon professionnelle et qui en vit.

Au plan fiscal, les répercussions sont importantes en terme de régime d'imposition, car le contribuable qui exploite une entreprise dont il tire ou peut tirer un bénéfice s'expose à des règles et des avantages spécifiques. Cette qualification a notamment une incidence sur la déductibilité des pertes, la question des inventaires des biens de l'artiste ou encore la déduction des frais de local du travail à domicile ou encore sur les dons⁴³.

Mais la qualité de « professionnel » ne s'acquiert pas par la volonté. Il faut, en vertu des dispositions légales, répondre à certaines conditions. Elles sont relatives à la démonstration qu'il fait lui-même de ce statut en tant qu'artiste et cette reconnaissance par le public. En ce qui a trait aux qualités intrinsèques de l'artiste professionnel, une des lois québécoises prévoit qu'il doit se déclarer artiste professionnel pour obtenir ce statut en plus de créer pour son propre compte des oeuvres⁴⁴ et démontrer la reconnaissance extérieure

⁴¹ Art. 2 et 3 c.33.

⁴² D. CLICHE, *loc. cit.*, note 20, p. 5.

⁴³ Direction générale de la politique et de la législation – Agence des douanes et du revenu du Canada, « Loi de l'impôt sur le revenu, artistes visuels et écrivains », *Bulletin d'interprétation*, IT-504R2 (consolidé), voir pour les artistes de la scène : IT-525.

⁴⁴ Art. 7 (1) et (2) S-32.01.

dont il bénéficie. Au palier fédéral⁴⁵, trois critères cumulatifs sont exigés soit la communication des prestations au public contre une rémunération, la reconnaissance par les pairs de cette qualité et, enfin, l'état d'être en passe de devenir artiste ou bien le fait d'être membre d'une association d'artistes. Au palier provincial, ce sont les témoignages de reconnaissance par les pairs⁴⁶ et l'exposition de ses œuvres qui sont exigés par la loi. Toutefois, cette démonstration peut être éludée lorsque l'artiste adhère à une association d'artistes. Dans ce cas, le statut est présumé légalement⁴⁷ ou bien lorsque l'artiste « (...) s'oblige habituellement envers un ou plusieurs producteurs au moyen de contrats portant sur des prestations déterminées (...) »⁴⁸. Par ailleurs, il est à noter qu'aucune législation ne tient compte de l'écran corporatif pour priver l'artiste du statut et l'exclure du bénéfice des lois⁴⁹. La réunion des deux qualités emporte l'acquisition du statut d'artiste professionnel indépendant et le rend libre d'adhérer à l'association habilitée à le représenter.

⁴⁵ Art. 18 (b) c.33.

⁴⁶ Art. 7 (4) S-32.1.

⁴⁷ Art. 8 S-32.01.

⁴⁸ Art. 6 S-32-1.

⁴⁹ Art. 9(1) c.33; art.3 S-32-1; art. 4 S-32.01.

*(2) Capables d'adhérer
librement à une association
au « pouvoir de
représentation mitigé »⁵⁰*

L'innovation centrale de ces trois lois tient précisément à la reconnaissance d'un droit d'association⁵¹ en faveur des artistes professionnels indépendants dans le but de négocier ensemble des conditions de travail avec leurs diffuseurs. La formulation du législateur fédéral est à cet égard fort explicite :

« La présente partie a pour objet la mise en œuvre d'un régime de relations de travail entre producteurs et artistes qui, dans le cadre de leur libre exercice du droit d'association, reconnaît l'importance de la contribution respective des uns et des autres à la vie culturelle canadienne et assure la protection de leurs droits. »⁵²

Ce droit à la liberté d'association clairement affirmé⁵³ est garanti par l'article 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne⁵⁴. Le fondement de ce droit est rigoureusement appuyé sous l'angle des droits de la personne et modelé sur un régime de relations du travail. Par contre, l'appréciation des qualités de représentativité des associations candidates à l'accréditation répond à des critères prévus aux lois spéciales.

⁵⁰ Terme de Pierre VERGE, Gregor MURRAY, Le droit et les syndicats – Aspects du droit syndical québécois, Sainte-Foy, P.U.L., 1991, 500 pages, p. 104.

⁵¹ Art. 9 S.32-01; art. 7 S.32.1; art. 8 c.33.

⁵² Art. 8 c.33.

⁵³ Art. 9 S.32.01; art. 7 S.32-1; art. 8 c.33; art. 8 (1) du C.c.t.; voir pour les décisions rendues à ce propos : Les services juridiques du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, Loi sur le statut de l'artiste annotée, Scarborough; éd. Carswell, 1999, 129 p., p. 17 sous l'article 8.

⁵⁴ Art. 3 C.D.L.P.

De façon générale, on observe un rapprochement entre chacune des lois spéciales dans les modalités de formation de l'association et la détermination de la représentativité. En premier lieu, les lois exigent l'adoption d'un règlement⁵⁵ d'association qui définit les conditions d'admissibilité pour les membres ainsi que certains dispositifs démocratiques, tels que des mécanismes de consultation, d'approbation des membres au sein de l'association et des règles d'éthique destinées aux membres. L'association sera accréditée dès lors qu'elle aura convaincu le tribunal ou la commission compétents qu'elle regroupe la majorité des artistes dans un secteur de négociation déterminé, ou bien lorsqu'elle y est la plus représentative.

En ce qui a trait à la **détermination d'un secteur de négociation approprié**, on observe une certaine parenté avec les critères utilisés en droit du travail pour la détermination de l'unité d'accréditation même si les régimes se distinguent nettement quant à leur portée. Au niveau fédéral, le Tribunal⁵⁶ et la Commission, au niveau provincial, définissent **les secteurs** de négociation en vertu de différents critères qui tiennent compte notamment⁵⁷ de la communauté d'intérêts des artistes en cause, de l'historique des relations professionnelles, des associations, des accords-cadres ainsi que des critères linguistiques et géographiques. À la différence des deux autres lois, la Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs institue trois secteurs, celui des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature⁵⁸. La Commission, en vertu de cette loi, accordera la reconnaissance à une seule association, pour chaque domaine prévu à la loi, alors que dans les deux autres lois, la reconnaissance

⁵⁵ Art. 23 c.33; art. 10 S-32.1; art. 12 S-32.01.

⁵⁶ Le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, art 10 et suiv., c.33; art. 16 de cette même loi pour l'attribution de cette compétence au tribunal.

⁵⁷ Art. 26 (1) c.33; art. 59 S-32.1.

⁵⁸ La Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs, ci-après citée la « Commission » art. 10 S-32.01.

pourra être accordée au profit de plusieurs associations, d'un même domaine, selon le secteur déterminé par la Commission ou le tribunal.

Une fois le secteur approprié défini, la reconnaissance ou l'accréditation de l'association sera accordée après avis de la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs au palier provincial⁵⁹ ou du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs⁶⁰, à **l'association qui rassemble la majorité des artistes du domaine ou bien est la plus représentative**⁶¹. Outre la prédominance numérique, la bonne répartition géographique⁶² du secteur peut constituer un facteur complémentaire pour la détermination de l'association.

À la différence de ce qui existe en droit du travail, le référentiel géographique limité à « l'établissement » est déporté vers celui « **d'un domaine distinctif** »⁶³ ou d'un secteur pour les lois sur les artistes. Au surplus, la question quantitative si importante en droit du travail⁶⁴ peut être reléguée à une question d'appréciation des faits sur la nature qualitative compte tenu de la difficulté à rejoindre **l'ensemble des travailleurs du secteur**⁶⁵. La taille

⁵⁹ La Commission assure l'administration pratique des deux lois provinciales. Elle autorise notamment, la reconnaissance d'associations d'artistes, elle constate leur représentativité et établit les champs professionnels. De l'avis de Fernand Morin et Jean-Yves BRIÈRE, il existe de grandes similitudes entre ses fonctions et celles de la C.R.T., la Commission des relations de travail au sens de C.T. D'ailleurs les décisions de la C.R.T. leur servent de « guide pratique » voir Fernand MORIN et Jean-Yves BRIÈRE, Le droit de l'emploi au Québec, 2ème éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, 1636 p., p. 699, § 732.

⁶⁰ Le pendant au Fédéral : voir art. 10 et suiv. c.33.

⁶¹ Art. 18 S-32.1; art. 11 Loi S-32.01 et 28(1) c.33.

⁶² Art. 11 al. 2 S-32.01.

⁶³ Art. 3 S-32.01; art. 1 S-32.1; art. 28.1 c.33.

⁶⁴ Code du travail, L.R.Q., c.C-27, art. 21; art. 28 à 30 du Code canadien du travail, L.R.C. (1985), c. L-2.

⁶⁵ « The Parliament has held that the test to be used is not the traditional labour relations test where an applicant for certification must demonstrate that it represents a majority of the employees in the bargaining unit (...). The Tribunal has expressed the opinion that Parliament left it with significant discretion to

d'un secteur demeure fluctuante et incertaine d'où l'atténuation, en fait, du principe de la majorité absolue des représentants d'un secteur (50 % des voix plus une, comme c'est le cas en droit du travail).

Par contre, ces quelques adaptations ne doivent pas cacher la grande similitude avec le Code du travail quant aux critères de détermination propres à l'association représentative, notamment quant aux qualités et à l'indépendance de l'association à l'égard des donneurs d'ordre. D'ailleurs, outre la similitude des pouvoirs et des modes de fonctionnement, le législateur fédéral précise que les principes du droit du travail sont un référentiel pour la détermination des questions de représentativité⁶⁶.

(3) En vue d'établir un nouveau régime de relations de travail : les relations professionnelles

Une fois la procédure de reconnaissance adoptée, l'association se voit officiellement en charge de représenter, à l'exclusion de toute autre, les artistes du secteur ou du domaine visé. Ce monopole de représentation confère à l'association, le pouvoir d'inscrire ses membres auprès de la C.S.S.T.⁶⁷, à ce titre elle devient leur employeur. Le travailleur, en l'occurrence pourra alors bénéficier de la protection de la Loi sur les accidents du travail et

determine representativeness in recognition of the fact that, when dealing with independent contractors, it is often difficult if not impossible to determine the size of a sector » E. MACPHERSON, loc. cit., note 31, 365.

⁶⁶ Art. 18, 18 (a) c.33 « 18. Le Tribunal tient compte, pour toute question liée :

a) à l'application de la présente partie, des principes applicables au droit du travail ».

⁶⁷ Art. 18 et suiv. de la L.A.T.M.P., L.R.Q. c. A.-3-001.

des maladies professionnelles. En outre, l'association se verra confier le monopole⁶⁸ de négocier les **conditions minimales** de travail⁶⁹, moyennant un support financier⁷⁰ de la part de ses membres.

Le fruit de la négociation entre les producteurs, les diffuseurs ou leurs associations⁷¹ et l'association d'artistes professionnels unique est consigné dans un « accord-cadre⁷² » ou dans une « entente (dite) collective »⁷³. La portée de ces accords varie en effet au terme de la loi provinciale. « L'entente collective » lie le producteur ou le diffuseur membre ou non d'une association reconnue⁷⁴ et tous les artistes de l'association du secteur de négociation qu'il engage⁷⁵. Dans le cadre de cette entente, les parties fixent pour le secteur reconnu des conditions minimales pour l'engagement des artistes. Au-delà du minimum, l'individuel reprend ses droits puisque l'élaboration de conditions minimales communes au secteur n'a pas pour effet d'éteindre au profit des artistes la conclusion **d'ententes individuelles** aux conditions supérieures à celles prévues par la loi ou par les ententes collectives⁷⁶ ou aux contrats-types⁷⁷. Parfois, seules ces conditions, définies individuellement, existent. Dans les deux hypothèses, le législateur encadre de façon plus ou moins rigoureuse cette possibilité

⁶⁸ Art. 24, 26, 27 S-32.1; art. 11; art. 29 (par déduction) S-32.01; art. 28 (5a) c.33.

⁶⁹ Art. 31 et 28 (5b) à lire conjointement avec l'article 5 c.33; art. 27 S-32.1; art. 26 (8) S-32.01.

⁷⁰ Art. 24 4^e et 5^e S-32.1 et 26.1 de la même loi; art. 26 (3^e) S-32.01; art. 44 c.33.

⁷¹ Notons ici que la négociation peut s'effectuer entre un producteur ou une association de producteurs non reconnue. La partie à la négociation est définie de façon libérale afin d'encourager la négociation quelque soit le niveau d'organisation du côté des producteurs. Par contre dès lors que l'association des producteurs est reconnue pour ce secteur, l'association ne pourra négocier qu'avec elle (art. 27 S-32.1).

⁷² Art. 5 c.33.

⁷³ Art. 27 S-32.1; art. 43 S-32.01.

⁷⁴ Fernand MORIN, Jean-Yves. BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2ème éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, 1636 p., p. 706, §-736.

⁷⁵ Art. 40 S-32.1.

⁷⁶ Art. 43 al. 2 S-32.01 « Cette entente [collective] peut porter sur l'utilisation de contrats types ou contenant toute autre stipulation non contraire à l'ordre public non prohibée par la loi. ».

⁷⁷ Art. 26 (8) S-32.01.

et le contenu éventuel de cette entente individuelle. Cette coexistence originale entre les deux niveaux contractuels, individuel et collectif, se distingue nettement du régime prévu au Code du travail; il repose sur le principe suivant : en présence d'une entente collective, la conclusion d'une entente individuelle est possible dans la mesure où les conditions contenues au contrat de travail ne sont pas inférieures à celles de l'entente⁷⁸. Dans ce cadre, l'entente collective fixe des normes en deçà desquelles les parties ne sauraient aller. Lorsque l'entente individuelle préexiste, le législateur rappelle le principe de la règle la plus favorable⁷⁹. Par contre, là où l'entente collective fait défaut, l'entente **individuelle**⁸⁰ est requise. Cette disposition particulière insérée dans la loi S-32.01 est encadrée rigoureusement par le législateur ou l'association. Par exemple, aux termes de la loi provinciale qui régit les artistes des arts visuels, de la littérature et des métiers d'art, le législateur prévoit l'élaboration d'un contrat individuel entre un artiste et un diffuseur⁸¹. Ce contrat doit se conformer à différents critères de validité notamment à des conditions de fond et de forme. À titre d'illustration, il est précisé que le contrat doit être écrit, contenir des précisions quant à sa nature, à son objet, ainsi que prévoir des dispositions relatives à la transférabilité, à la contrepartie financière, à la périodicité des comptes rendus des diffuseurs, ainsi que les ententes sur les œuvres futures. Ces conditions énumérées aux articles 30 à 34 et 36 et de 38 à 42 sont des dispositions d'ordre public⁸².

L'option du contrat individuel semble d'ailleurs être mise de l'avant dans les métiers qui visent les arts visuels, l'art et la littérature et laisse présager une plus grande difficulté pour ces trois secteurs à se regrouper sous forme d'associations. En effet, alors

⁷⁸ Art. 24 6° S-32.1 «(...) élaborer des contrat-types pour la prestation de services et convenir avec les producteurs de leur utilisation lorsqu'il n'y a pas d'entente collective; (...) ».

⁷⁹ Art. 33 (4) c.33 « L'accord-cadre l'emporte sur les stipulations incompatibles de tout contrat individuel entre un artiste et un producteur, mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits et avantages plus favorables acquis par un artiste sous leur régime. ».

⁸⁰ Intitulé « contrat individuel » au terme de S-32.01.

⁸¹ Art. 30 et suiv. S-32-01.

⁸² Art. 42 S-32.01.

que les conditions de rédaction du contrat individuel sont largement circonscrites tant sur la forme que sur le fond, on s'éloigne sensiblement de ce que propose le droit du travail canadien. Ce formalisme contraste en effet étrangement avec les dispositions sommaires contenues dans ce même texte à l'égard des ententes collectives. On observe ici une nouvelle fois l'adaptation de la loi aux particularités du milieu.

La négociation engagée entre les deux parties répond de règles qui, là encore, s'inspirent largement de celles rencontrées en droit du travail tant à l'égard de leurs modalités de déclenchement qu'à l'égard des qualités requises dans le processus de négociation, que des moyens de pressions utilisés. Par exemple, les textes exigent que les négociations soient entreprises avec diligence et bonne foi⁸³.

Dans un des textes, le législateur n'hésite pas à préciser que « les parties doivent prendre en considération l'objectif de faciliter l'intégration des artistes de la relève ainsi que les conditions économiques particulières de ces petites entreprises de production. »⁸⁴. Il s'agit là d'un mécanisme destiné à faciliter la négociation, par le biais de quelques principes directeurs. Bien que cette disposition n'ait pas de réplique dans les codes du travail, elle participe à un objectif commun, celui de **négozier avec diligence et bonne foi**.

À l'image de ce qui s'observe en droit du travail, chez les artistes, les associations de producteurs, de diffuseurs ou d'artistes peuvent respectivement utiliser des moyens de pressions qui leur sont propres⁸⁵. Les recours que souhaite entreprendre un artiste qui désire faire valoir, soit l'application de la loi qui le régit ou bien l'entente qui lie l'association dont il est tributaire avec un diffuseur, appartiennent à l'association ou au regroupement reconnu. Par conséquent, l'association n'a pas à justifier de son mandat ni d'une cession

⁸³ Art. 30 S-32.1; art. 32 c.33.

⁸⁴ Art. 27 al.2 S-32-1.

⁸⁵ Art. 5 et 46 c.33; art. 34, 37, 38, 39 S-32.1; art. 25 3^e et 4^e S-32-01.

que les conditions de rédaction du contrat individuel sont largement circonscrites tant sur la forme que sur le fond, on s'éloigne sensiblement de ce que propose le droit du travail canadien. Ce formalisme contraste en effet étrangement avec les dispositions sommaires contenues dans ce même texte à l'égard des ententes collectives. On observe ici une nouvelle fois l'adaptation de la loi aux particularités du milieu.

La négociation engagée entre les deux parties répond de règles qui, là encore, s'inspirent largement de celles rencontrées en droit du travail tant à l'égard de leurs modalités de déclenchement qu'à l'égard des qualités requises dans le processus de négociation, que des moyens de pressions utilisés. Par exemple, les textes exigent que les négociations soient entreprises avec diligence et bonne foi⁸³.

Dans un des textes, le législateur n'hésite pas à préciser que « les parties doivent prendre en considération l'objectif de faciliter l'intégration des artistes de la relève ainsi que les conditions économiques particulières de ces petites entreprises de production. »⁸⁴. Il s'agit là d'un mécanisme destiné à faciliter la négociation, par le biais de quelques principes directeurs. Bien que cette disposition n'ait pas de réplique dans les codes du travail, elle participe à un objectif commun, celui de **négozier avec diligence et bonne foi**.

À l'image de ce qui s'observe en droit du travail, chez les artistes, les associations de producteurs, de diffuseurs ou d'artistes peuvent respectivement utiliser des moyens de pressions qui leur sont propres⁸⁵. Les recours que souhaite entreprendre un artiste qui désire faire valoir, soit l'application de la loi qui le régit ou bien l'entente qui lie l'association dont il est tributaire avec un diffuseur, appartiennent à l'association ou au regroupement reconnu. Par conséquent, l'association n'a pas à justifier de son mandat ni

⁸³ Art. 30 S-32.1; art. 32 c.33.

⁸⁴ Art. 27 al.2 S-32-1.

⁸⁵ Art. 5 et 46 c.33; art. 34, 37, 38, 39 S-32.1; art. 25 3^e et 4^e S-32-01.

d'une cession de créance de l'artiste. Elle exerce le recours pour le compte de ce dernier⁸⁶. On retrouve ici le mécanisme qui figure au Code du travail québécois qui reconnaît la propriété des griefs aux parties signataires de la convention collective, soit l'association accréditée et l'employeur⁸⁷. En outre, en cas d'aliénation de l'entreprise du producteur ou de fusion, le législateur⁸⁸ prévoit la continuité du contrat de l'artiste, ce dernier liant l'ayant-cause du producteur. La particularité de ce mécanisme est de s'attacher au maintien du contrat individuel de services de l'artiste qui constitue par rapport à l'entente collective ou l'accord-cadre le plus grand dénominateur commun du point de vue des conditions de travail. En ce sens, cette disposition et celles précédemment vues démontrent que tant l'armature des ententes collectives que les conditions de travail minimum, ou encore l'articulation laissée entre l'entente et le contrat individuel, s'inspirent des lois du travail tout en y ménageant des spécificités propres à chaque milieu.

§-2. *Une exportation explicite du droit du travail?*

À l'issue de la présentation des régimes de relations de travail chez les artistes, il ne fait aucun doute que la facture du régime puise dans le modèle des relations de travail salariées (1) mais ce rapprochement demeure imparfait si bien que l'on parlera davantage de proximité que d'identité de régime tant l'empreinte du régime des artistes possède une facture qui lui est personnelle (2). L'analyse se limitera ici aux points qui n'ont pas été soulignés précédemment.

⁸⁶ Art. 29 S-32.01.

⁸⁷ Art. 69 du Code du travail.

⁸⁸ Art. 26.2 S-32.1; art. 45 S-32.01; art. 33 (3) c.33.

*(1) Une proximité explicite
avec le droit du travail*

De nombreux ingrédients de droit du travail se retrouvent dans le dispositif mis en place tant par le législateur fédéral que provincial. La ressemblance entre les deux régimes s'est avérée parfaite sur certains points et une partie de la doctrine a même été jusqu'à remettre en question la raison d'être d'un organisme comme le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs ⁸⁹. Amender le Code canadien du travail aurait sans aucun doute évité des zones de chevauchement et des coûts inutiles, souligne l'auteur qui conclut que cette loi est à ses yeux « (...) une volonté politique d'occuper un espace »⁹⁰. A contrario, certains considèrent l'intervention du politique sur cette question comme une condition essentielle à la reconnaissance du statut et du rôle des artistes dans la société :

« (...) legislative action is required to ensure that a basic social safety is available to all working Canadians. (...) With the respect to those who are independent contractors (the "own-account self-employed") legislatures can play a paternalistic role by enacting laws to provide minimum labour protections. This requires a significant commitment of public service resource to police and enforce law (...)»⁹¹

Ou encore on a pu lire :

⁸⁹ « (...) on peut s'interroger sur la ou les raisons d'être d'un organisme distinct du Conseil canadien des relations de travail tel que prévu aux articles 9 et 23 du Code canadien du travail, et qui fonctionne déjà. », dans Jacques A-LÉGER, « Lois sur le statut de l'artiste : une approche constitutionnelle ou l'art de l'ubiquité » (1993) 5 Les cahiers de propriété intellectuelle 267-290, disponible aussi sur le site internet : <http://www.robic.ca/publications/134.shtml> (23 pages), p. 5.

⁹⁰ Id., p. 17.; voir par exemple l'article 34 du C.c.t.

⁹¹ E. MACPHERSON, loc. cit., note 31, 388.

« A successful policy on the status of the artist requires a strong political commitment to drive co-operation among all government departments. »⁹²

Ce courant doctrinal conclut à **l'importance déterminante des pouvoirs publics** dans l'élaboration d'un statut économique et social spécifique pour les artistes professionnels. Cette opinion ne peut qu'être corroborée à la lumière de l'évolution de ce statut dans le temps.

C'est précisément au moment où les lois du marché ne suffisent plus à encadrer adéquatement cette relation que l'État finit par intervenir. Les premières associations d'artistes étaient parvenues à conclure des ententes obtenues sur la seule base volontaire avec certains producteurs. Par le biais de ces ententes, les membres pigistes obtenaient des mécanismes de protection.

Mais, sans fondement législatif, cette protection souffrait de plusieurs défauts. Le modèle d'organisation ne couvrait que les artistes membres d'un secteur en particulier. Les secteurs les moins organisés échappaient à cette protection faute de moyens ou à défaut de faire émerger les besoins d'un groupe. Par conséquent, on était loin d'un modèle généralisable à l'ensemble d'une population artistique qui, par définition, s'avère très hétéroclite. Le mécanisme d'accès à une forme de protection volontaire reposait essentiellement sur la capacité du groupe d'artistes à se fédérer et à exercer des activités de pression. Il n'assurait pas un développement équitable des mécanismes de protection. Autre défaut, en raison de l'absence de fondement législatif, le régime mis en place à l'égard de certains secteurs prêtait flanc au délit de coalition prévu à l'ancienne Loi sur la Concurrence⁹³.

⁹² D. CLICHE, loc. cit., note 20, p. 8.

⁹³ Loi portant réglementation générale du commerce en matière de complots, de pratiques commerciales et de fusionnements qui touchent à la concurrence, Loi sur la Concurrence, (Titre abrégé), L.R.C. (1985), ch. C-34

Il fallait, dès lors, mettre en place une structure légale capable de remédier aux deux inconvénients majeurs précités, à savoir l'absence de fondement légal et le déséquilibre sectoriel d'un secteur artistique à l'autre. L'établissement d'un **statut professionnel**⁹⁴ pour les artistes s'est avéré une solution indispensable.

À ce stade, on peut d'ores et déjà dégager quelques analogies avec l'évolution observée en droit du travail. Au fur et à mesure que le droit du travail se standardise, il « (...) réduit considérablement cette indétermination », née d'un « régime de travail (...) variable à la mesure du pouvoir de négociation des parties au rapport salarial »⁹⁵. Par conséquent, le législateur en jetant les bases d'un statut pour les artistes « (...) transcende les particularités des différents milieux de travail »⁹⁶ et assure une répartition plus uniforme des conditions d'engagement. Cette démarche est absolument similaire à celle observée en droit du travail.

Après la volonté de doter les acteurs d'un statut, il y a la nécessité de remédier à la **précarité des conditions de travail** des artistes. C'est encore ici un combat mené de longue date par le droit du travail. Les chiffres à cet égard sont significatifs. D'après une étude synthèse sur trois secteurs artistiques :

« (...) un large consensus se dégage sur les conditions matérielles et financières difficiles des artistes, créateurs et organisations; un emploi suffit rarement (...) les gens (...) doivent faire des choix en conséquence, lesquels impliquent des renoncements à moyen et long terme, notamment sur le

⁹⁴ De toutes les études et recommandations présentées aux différents gouvernements avant l'avènement des lois c'est l'octroi d'un statut professionnel qui fut le plus souvent revendiqué, voir à ce propos, D. CLICHE, loc. cit., note 20, p. 4.

⁹⁵ Pierre VERGE, Guylaine VALLÉE, Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail, coll. « Le droit aussi », Cowansville, éd. Yvon Blais, 1997, p. 50.

⁹⁶ Id., p. 74.

niveau de vie et de « confort » qu'on peut espérer; (...) l'absence de protection et de filet social sécuritaire (...) semble répandue »⁹⁷.

Peut-on alors refuser de parler de **dépendance économique**?

Ce besoin d'élaborer **un filet de protection adéquate** s'inscrit également aux rangs des priorités du secteur artistique. Que l'on songe à l'accès aux programmes sociaux universels, tels que l'assurance emploi, la souscription à un régime de retraite, l'accès aux indemnités de remplacement du revenu en cas d'accident du travail ou de maladies professionnelles, ce sont là des besoins exprimés par les artistes qui rappellent les grandes étapes de constitution de ce qui sera plus tard nommé le statut de salarié. C'est bien cette fonction protectrice que, spontanément, les artistes ont recherchée en instituant en dehors de tout cadre législatif des associations capables de conclure des ententes volontaires, cadre qui plus tard sera repris par le législateur.

Si maintenant on observe l'histoire du droit du travail, l'inégalité ainsi que la vulnérabilité face à certaines circonstances de fait (ex. l'accident du travail) ont été à l'origine de son édification. Mais, l'octroi de mécanismes plus larges de protection universelle se heurte à deux obstacles majeurs. D'une part, le fait que le système canadien de protection sociale, l'équivalent de la sécurité sociale en France, repose encore sur « l'hypothèse voulant que la main d'œuvre se compose d'employés salariés plutôt que de travailleurs indépendants »⁹⁸ ou pigistes. D'autre part, la nécessité impérieuse de préserver la liberté artistique laisse présumer l'indépendance, l'auto-gouvernance de l'artiste sur tous les plans. Et, la multiplicité des donneurs d'ouvrage fait en sorte que l'analogie avec le droit du travail s'arrête là, nous reviendrons sur ces points plus bas.

⁹⁷ Emploi Québec et Conseil de la Culture de Lanaudière, et le Groupe Cogestion, La main d'oeuvre de la culture et des communications de la région de Lanaudière – Un portrait, des problématiques et des actions prioritaires, déc. 2001, 117 pages, p. 13.

⁹⁸ Comité permanent du patrimoine canadien, Appartenance et identité – L'évolution du rôle du gouvernement fédéral pour soutenir la culture du Canada, 9^e rapport, juin 1999, 4 pages, p. 1, disponible sur le site : <http://www.parl.gc.ca>

L'autre point de parallélisme avec le droit du travail qui prolonge l'idée précédente, c'est cette volonté **par le biais du collectif d'instituer des mécanismes de protection**. En droit du travail, le passage de l'individuel vers le collectif trouve son origine dans le besoin de rétablir une situation d'infériorité, **de concrétiser l'effort de solidarité entre les acteurs au moyen de la négociation collective**. Gérard Couturier souligne d'ailleurs à ce propos que « le système de sources en droit du travail se caractérise aussi - et même d'abord - par la place qu'y occupent les normes qui ne procèdent pas de la loi ou du règlement, mais de conventions ou d'accords collectifs. »⁹⁹. L'étude du cadre légal, destiné à encourager et à encadrer des rapports de type collectif dans le domaine artistique, a déjà démontré la proximité des mécanismes mis en place avec ceux présents en droit du travail. Cette proximité a même amené Léger à questionner l'utilité de cette législation :

« (...) était-il vraiment indispensable pour le Parlement fédéral de légiférer dans cette matière alors que de simples aménagements au cadre législatif existant [le Code canadien du travail] auraient pu être suffisants pour répondre à ce besoin. »¹⁰⁰

L'auteur a d'ailleurs par la suite déterminé **l'objet de cette loi** afin de valider sa constitutionnalité :

« (...) le but principal de cette loi est d'adapter le droit du travail au contexte particulier des travailleurs culturels, par la mise en œuvre de procédures spécifiques de reconnaissances d'associations d'artistes, ainsi que par la création de règles particulières relatives aux négociations d'ententes collectives entre les associations d'artistes et les producteurs ou associations de producteurs. »¹⁰¹

⁹⁹ Gérard COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 159, § 17.

¹⁰⁰ J. A-LÉGER, loc. cit., note 89.

¹⁰¹ Id., p. 13 (l'auteur souligne).

En conséquence, le texte touche principalement les relations de travail et, accessoirement, les droits d'auteur qui, eux, relèvent exclusivement de la compétence fédérale. Cette proximité entre les lois du travail et du statut des artistes a été clairement soulignée par la ministre des Affaires culturelles à propos de la loi S-32.01 lors de son adoption:

« (...) le projet porte entièrement sur des matières qui sont du ressort exclusif des provinces en vertu de notre constitution. Il concerne non pas la création, mais les relations entre créateurs et les relations individuelles et collectives portant sur les contrats entre les créateurs et aussi diffuseurs »¹⁰².

Ce rapprochement possible ne signifie par pour autant identité puisque en plusieurs points la législation sur les artistes se distingue nettement des codes du travail et la spécificité des conditions de travail a conduit à l'adoption d'un régime *ad hoc* sous l'impulsion des acteurs.

Outre l'objet commun des lois, il y a une parenté explicite affichée dans la loi et dans la jurisprudence dans le texte de loi fédéral, ainsi que de nombreuses références à la jurisprudence du travail dans le contentieux sur le statut des artistes.

L'article 18 de la Loi sur le Statut de l'artiste¹⁰³, de la Partie 2 de la loi intitulée « Relations professionnelles », précise en ce qui a trait au Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs¹⁰⁴:

« 18. Le Tribunal tient compte, pour toute question liée : a) à l'application de la présente partie, des principes applicables du droit du travail; »¹⁰⁵

¹⁰² Propos rapportés, dans *id.*, p. 15.

¹⁰³ L.R.C. 1992, c. 33.

¹⁰⁴ Ci-après cité, « le Tribunal ».

¹⁰⁵ Nous soulignons.

Ainsi, lorsque le Tribunal doit interpréter une question relative à la partie II de la loi, il doit tenir compte des principes applicables du droit du travail. Naturellement, plusieurs décisions¹⁰⁶ du Tribunal font référence à certains principes de droit du travail comme celui qui affirme « que les employés qui occupent des postes de direction ne soient pas dans la même unité de négociation que les personnes qu'ils « dirigent », ou encore cette référence explicite à l'égard du droit du travail s'étend à la détermination de la portée des négociations collectives. Sur ce point, le Tribunal décide que les questions liées au droit d'auteur peuvent être négociées et il motive la décision de la façon suivante :

« La Loi doit recevoir une interprétation permettant de réaliser l'objectif visé par le législateur d'améliorer la situation socio-économique des artistes au Canada. (...) Par conséquent, toute exclusion du régime de négociation collective (...) devrait être clairement stipulée dans la Loi. (...) De fait la Loi ne renferme aucune restriction expresse (...). Cela est conforme aux principes généraux du droit du travail canadien, en vertu desquels il a été stipulé que l'obligation de négocier englobait toute question que les parties consentent à inclure dans leur convention collective. »¹⁰⁷

Les références sont aussi jurisprudentielles. Le tribunal n'hésite pas à mentionner explicitement les décisions prises par le Conseil canadien des relations de travail¹⁰⁸.

À propos de la jurisprudence, cette référence explicite au droit du travail a pu être remarquée notamment quant à l'interprétation de l'article 5 de la loi et plus précisément à la portée de la notion « accord-cadre »:

¹⁰⁶ Union des artistes, décision n° 017, § 28 citée, dans Les services juridiques du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, Loi sur le statut de l'artiste annotée, Scarborough; éd. Carswell, 1999, 129 p., p. 32 sous l'article 18.

¹⁰⁷ The Writers' Union of Canada, décision n° 028, § 49 et 58, dans id., p. 34, sous l'article 18, (nous soulignons).

¹⁰⁸ Id.

« De fait la *Loi* ne renferme aucune restriction expresse quant au droit d'une association d'artistes de négocier avec les producteurs toute question touchant au bien-être socio-économique de ses membres. Cela est conforme aux principes généraux du droit du travail canadien, en vertu desquels il a été statué que l'obligation de négocier englobait toutes les questions que les parties consentent à inclure dans leur convention. »¹⁰⁹

Inspiration ou excroissance du droit du travail en faveur d'un régime pour les artistes? La législation fédérale semble opter pour ce dernier choix tandis que les législations provinciales semblent être plus prudentes ou plus réservées dans ce mimétisme, du moins explicitement.

Cette proximité aboutit incontestablement à la reconnaissance d'un statut particulier pour les artistes, inspiré du droit du travail et, parfois même, en prolongement direct du droit du travail comme la Loi sur le Statut des artistes. Les mécanismes institutionnels, la proximité interprétative des lois sinon les références explicites aux principes issus du droit du travail soutiennent l'idée selon laquelle l'édification du statut des artistes s'est largement appuyée sur le droit du travail.

L'analogie s'arrête donc là. En effet, même si les étapes de construction qui entourent la définition du contenu des droits en faveur des artistes professionnels ainsi que l'interprétation de ces textes sont semblables à celles du droit du travail, il n'en reste pas moins des points de différenciation irréductibles.

¹⁰⁹ The Writers' Union of Canada, décision n° 028, id., p. 8 sous l'article 5.

*(2) Les limites à la proximité :
l'originalité du régime chez
les artistes, un régime à part*

La partie précédente a mis en relief les liens de parenté explicites et implicites observés entre le régime des artistes et celui des travailleurs salariés. Il est certain que la proximité des mécanismes de reconnaissance collective, des institutions, des dispositions protectrices en faveur des artistes a pu soutenir l'hypothèse de l'existence d'un statut soumis au droit du travail. Cependant, une lecture attentive des régimes propose un autre constat. En effet, à la lumière de **l'objet de ces lois** et du régime de relations professionnelles qu'elles instaurent, on est porté à considérer que **le statut des artistes est atypique**. La question fondamentale qu'il convient préalablement de se poser pour éclairer ce point est de déterminer quel est l'objet de ces trois lois, à l'issue de quoi seront examinées les conditions d'application de ces lois.

Au fond quel est **l'objet de ces lois sur le statut des artistes**? Cette question a été examinée par la doctrine lors de l'examen de la constitutionnalité des lois sur le statut des artistes¹¹⁰. Bien que le but de cette étude diffère du nôtre, le cheminement adopté pour déterminer la validité constitutionnelle de ces lois, en regard des différents paliers de gouvernement de la confédération canadienne, sert par analogie à confirmer ou, au contraire, à infirmer le rattachement de cette législation au droit du travail. L'étude de la validité constitutionnelle des lois sur le statut des artistes passe nécessairement par un examen approfondi de l'objet et du but de la loi afin de rattacher la matière à la rubrique constitutionnelle adéquate.

De cette analyse, l'auteur dégage **quatre champs possibles**. Les lois sur le statut d'artiste peuvent avoir pour objet l'établissement de relations de travail et, par conséquent,

¹¹⁰ J. A-LÉGER, *loc. cit.*, note 89, p. 9 et suivantes.

relever du droit du travail ou bien du droit des contrats, puisque l'on y traite des contrats entre parties privées ou, encore, relever du champ des radiocommunications et, enfin, des droits d'auteur. L'incidence de ces champs sur la compétence législative est importante puisqu'en résumé, le Parlement fédéral a compétence exclusive dans le domaine de la radiocommunication ainsi que sur les droits d'auteur, tandis que les législatures provinciales ont compétence exclusive sur le droit des contrats entre personnes privées. Par contre, il existe un chevauchement de compétences sur les questions de relations de travail entre les législatures provinciales et fédérale puisqu'en ce domaine le Parlement fédéral dispose d'une compétence d'exception. L'auteur aboutit à l'analyse suivante : La Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma¹¹¹ a pour objet « d'adapter le droit du travail au contexte particulier des travailleurs culturels »¹¹² par la mise en place de procédures spécifiques de reconnaissance des associations d'artistes et par la création de règles originales destinées à encadrer la négociation d'ententes collectives. Elle relève donc de la compétence provinciale pour légiférer en ce domaine. La Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs¹¹³ présente, quant à elle, une facture plus complexe. Deux parties doivent être examinées. Le chapitre II, intitulé « Statut des artistes professionnels » conserve le même objet que la précédente loi tandis que le Chapitre III « Contrats entre artistes et diffuseurs » aborde davantage les questions relatives au droit des obligations entre personnes privées. Dans les deux cas, la compétence législative appartient rigoureusement au provincial. De plus, l'auteur note que même si la loi aborde des questions relatives au droit d'auteur, question qui relève rigoureusement du domaine fédéral, là n'est pas l'objet intrinsèque de cette loi. Cette loi ne concerne pas « la création, mais les relations entre créateurs (...) et diffuseurs »¹¹⁴. D'ailleurs, c'est ce point

¹¹¹ Loi S-32.1.

¹¹² J. A-LÉGER, loc. cit., note 89, p. 13.

¹¹³ S-32.01.

¹¹⁴ J. A-LÉGER, loc. cit., note 89, p. 15.

que souligne la Loi sur le statut des artistes qui vise à « (...) établir et mettre en œuvre un régime de relations de travail entre producteurs et artistes. »¹¹⁵.

Les trois lois encouragent le droit à la reconnaissance des associations d'artistes¹¹⁶ et, plus largement, mettent en place un encadrement juridique destiné à protéger l'artiste et l'œuvre ou la publication de l'artiste ou la pratique d'un art lors de ses relations avec les producteurs et diffuseurs. Par conséquent, l'objet principal de ces lois est de régir des rapports de travail entre les artistes et les producteurs ou les diffuseurs et, accessoirement, d'offrir un cadre destiné à protéger leurs droits d'auteur.

Cet examen dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois nous éclaire sur deux points. Ces lois ont pour objet la mise en place de relations professionnelles de travail¹¹⁷ bâties autour de rapports collectifs selon un cadre procédural et institutionnel proche de celui du droit du travail. Par ailleurs, les deux types de lois cherchent à assurer des mécanismes de protection, **qui répondent aux enjeux et aux finalités d'un régime de relations professionnelles qui diffère radicalement de celui proposé par le droit du travail.**

Pour étayer ce point, l'analyse portera successivement sur trois aspects en forme de questionnement afin de mettre en évidence les caractéristiques du régime de relations professionnelles.

La première question qu'il convient de se poser est de déterminer quels sont les acteurs en présence, puis d'analyser en second lieu comment s'exerce le contrôle de représentativité lors de la constitution des associations et, en vertu de quels critères, pour finalement

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Voir chap. 3 S-32.1; voir art. 8 et 25 et suivants de c.33; voir chap. II S-32.01.

¹¹⁷ Voir art. 7 c.33.

extraire les grands principes qui encadrent le processus de négociation ainsi que l'entente qui naîtra de ce processus dans ce contexte de relations professionnelles particulier.

Si l'on observe une certaine similitude entre les lois du travail et celles relatives au statut d'artiste dans les objectifs généraux, on constate des distinctions importantes tant dans les acteurs qu'elle met en présence qu'au regard des mécanismes d'établissement des relations ou encore des priorités ou de l'articulation de ces mécanismes.

Avant tout le bénéfice du statut d'artiste est attribué à **l'artiste à son compte**¹¹⁸ et échappe à l'artiste salarié¹¹⁹ puisqu'il bénéficie du Code du travail. On distingue donc l'artiste professionnel, de l'artiste « passe-temps » ou encore du travailleur culturel¹²⁰. Les conditions de travail négociées sont attribuées aux travailleurs autonomes, les artistes

¹¹⁸ Art. 6 S-32.1 « Pour l'application de la présente loi, l'artiste qui s'oblige habituellement envers un ou plusieurs producteurs au moyen de contrats portant sur des prestations déterminées, est réputé pratiquer un art à son propre compte. »; art 1 S-32.01 « La présente loi s'applique aux artistes qui créent des oeuvres à leur propre compte dans les domaines des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature ainsi qu'aux diffuseurs de ces oeuvres. »; art 5 c. 33 « artiste » Entrepreneur indépendant visé à l'alinéa 6(2)b). (nous soulignons).

¹¹⁹ Art. 9(3)b) c.33 « La présente partie ne s'applique pas, pour les activités qui relèvent de leurs fonctions « aux employés -- au sens de la partie I du *Code canadien du travail* -- notamment déterminés par le Conseil canadien des relations industrielles ou faisant partie d'une unité de négociation accréditée par celui-ci. »; art. 5 S-32.1 « La présente loi ne s'applique pas à une personne dont les services sont retenus pour une occupation visée par une accréditation accordée en vertu du Code du travail (chapitre C-27) ou par un décret adopté en vertu de la Loi sur les décrets de convention collective (chapitre D-2). »; art 5 S-32.01 « La présente loi ne s'applique pas à un artiste lorsque ses services sont retenus par un diffuseur comme salarié au sens du Code du travail (chapitre C-27) ».

¹²⁰ Soit celui qui sans être artiste ou créateur travaille pour un organisme. Voir à ce propos, Conseil des arts et des lettres, Rapport des rencontres exploratoires interrégionales et pluridisciplinaires avec les milieux artistiques et culturels tenues du 27 octobre au 5 novembre 1999, Direction des affaires publiques, Rédigé par Claudine AUDET, janvier 2000, 10 pages, p. 6, disponible sur le site : http://www.calq.gouv.qc.ca/fr/corporatif/etudes/rencontres99_01.htm

professionnels¹²¹, constitués ou non en entreprise et le cas échéant ils doivent en avoir le contrôle. Par ailleurs, l'association d'artistes doit répondre de certaines qualités¹²², notamment d'avoir un objet similaire à celui des syndicats professionnels¹²³. Une fois reconnue, l'association se voit conférer un **pouvoir de représentation** dont l'étendue diffère sensiblement du régime des codes du travail. En effet, dans le cadre de rapports individuels de travail salarié, l'entreprise, l'employeur servent de point d'ancrage à la détermination des rapports contractuels, dans le cadre de rapports collectifs, l'établissement de l'employeur joue ce rôle. Chez les artistes, le référentiel est à la fois plus vaste mais plus flou puisque le secteur ou le domaine ainsi que les manifestations explicites d'une communauté d'intérêts dans la définition des relations professionnelles sont appelés à jouer un rôle central. Ici, l'ancrage de la représentation s'effectue au plan sectoriel voire multi-sectoriel¹²⁴. On pourrait opposer que ce découpage sectoriel existe néanmoins en droit du travail québécois avec la Loi sur les décrets des conventions collectives¹²⁵. La distinction, pourtant, entre les deux régimes est significative. En effet, cette loi s'adresse à l'ensemble des salariés et des employeurs appartenant à un même secteur ou une même industrie ou encore à un même commerce dans un espace territorial défini, alors que chez les artistes la représentation d'une association peut s'en tenir à un secteur précis défini par la loi¹²⁶ ou bien à un secteur cohérent, représentatif qui émerge de la pratique¹²⁷ ou même à plusieurs secteurs. Enfin, l'exclusivité de la représentativité « (...) ne s'applique pas à une personne

¹²¹ Art. 9 (1) loi c.33 «Le fait qu'un artiste s'oblige par l'intermédiaire d'une organisation n'a pas pour effet de le soustraire à l'application de la présente partie. »; art. 3 S-32.-1 « Le fait pour un artiste de fournir ses services personnels au moyen d'une société ou d'une personne morale ne fait pas obstacle à l'application de la présente loi. »; art. 4 S-32.01 « Le fait pour un artiste d'offrir ses oeuvres au moyen d'une personne morale dont il a le contrôle, ne fait pas obstacle à l'application de la présente loi. ». (nous soulignons).

¹²² Art. 12 et 13 et 25 S-31.01.

¹²³ Art. 9 1^e S-32.1.

¹²⁴ Art. 13 et 57 S-32.1; art. 25 c.33.

¹²⁵ Loi sur les décrets des conventions collectives, L.R.Q., c. D-2.

¹²⁶ Ce qui est le cas pour l'art. 10 S-32.01.

¹²⁷ Art. 16 S-32.1; art. 23 et suiv. c.33.

dont les services sont retenus pour une occupation visée par une accréditation accordée en vertu du *Code du travail*. »¹²⁸.

Ainsi, à la différence de ce qui s'observe en droit du travail, si l'on met à part la Loi sur les décrets des conventions collectives, le régime proposé aux artistes offre **un mode de représentation sectorielle qui peut s'avérer multi-donneurs d'ouvrage**. Cette particularité agit en amoindissant « (...) l'intensité de son pouvoir de représentation, du moins, par rapport à celui du syndicat accrédité qui est absolu »¹²⁹. Une fois le pouvoir de représentation accordé, l'association aura le pouvoir de négocier. Sur ce point, on observe des différences significatives par rapport au droit commun du travail.

Avant d'analyser l'objet et les effets de la négociation, il convient de préciser certains aspects distinctifs de la relation de travail chez les artistes, distinctions qui expliquent, pour partie, le détachement du régime des artistes par rapport au régime de travail salarié. Tout d'abord, il faut souligner que **l'autonomie fonctionnelle et contractuelle** chez les artistes est nettement consacrée dans chaque loi. Chaque fois que l'artiste est engagé, il signe un nouveau contrat avec le producteur ou le diffuseur. Sur une période donnée, il peut être simultanément engagé dans plusieurs contrats lesquels peuvent couvrir différents secteurs et, donc, relever de nouvelles associations de représentation. On observe ainsi un phénomène **de pluri-engagements ou de multi-engagements**. Il y a, d'une part, la diversité des contrats assumés à un moment donné et, d'autre part, la pluralité des engagements simultanés auxquels font face régulièrement les artistes vis-à-vis des producteurs ou des diffuseurs. Ce phénomène a une correspondance en droit du travail mais il demeure marginal, tandis qu'il est endémique chez les artistes professionnels comme en témoigne l'extrait d'un mémoire déposé par la SARTEC¹³⁰ :

¹²⁸ P. VERGE, G. MURRAY, loc. cit., note 50, p. 105.

¹²⁹ Id., p. 106.

¹³⁰ Société des auteurs de radio, télévision et cinéma (S.A.R.T.E.C.), Mémoire de la (S.A.R.T.E.C.) – Projet de loi n°182 modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations de travail et modifiant

« Nos auteurs travaillent généralement pour plusieurs producteurs. Ils peuvent à la fois œuvrer sur une série télévisée et écrire un scénario de film, tout en préparant de nouveaux projets à soumettre à un producteur. Aucun auteur n'est d'ailleurs tenu d'offrir l'exclusivité de ses services. »

Les relations contractuelles chez les artistes professionnels se caractérisent par leur pluralité et leur brièveté. **Le système de négociation collective propose pour répondre à cette logique professionnelle un découpage par métier en laissant aux parties un terrain pour convenir d'un point de vue individuel.** Le régime s'avère capable de transcender la multiplicité des producteurs, des diffuseurs mais aussi la faible durée des engagements et la nature particulière des prestations. Or, un régime comme celui proposé par le Code composait mal avec cette réalité. C'est pourquoi la mise en place d'un régime *sui generis* s'est avérée indispensable.

Par ailleurs, et contrairement à ce que l'on peut observer dans le Code du travail, l'entente collective fixe seulement des conditions minimales et **ne fait pas disparaître le contrat individuel** conclu entre l'artiste et le producteur. Or, au Canada, la Cour suprême a longtemps observé le principe selon lequel là où existe une convention collective, il n'y a pas de domaine résiduaire pour le contrat de travail^{130 bis}. On observe que le régime sur les statuts des artistes prévoit au contraire **la coexistence possible entre le contrat individuel et l'entente collective**. Cette dernière sert de base à l'entente individuelle. Aussi la logique proposée dans le cadre du statut des artistes par rapport à celle retenue en droit du travail est inverse. Alors que dans la logique travailliste les rapports collectifs de travail permettent de suppléer et de rééquilibrer le rapport de force entre les parties, chez les artistes, les

d'autres dispositions législatives, présenté à la Commission de l'économie et du travail, le 8 février 2001, 4 pages, p. 2, disponible sur le site internet à l'adresse suivante :

<http://www.sartec.qc.ca/commu/memoire182.htm>

^{130 bis} Notons cependant que cette thèse dite « abolitionniste » connaît des infléchissements : voir Fernand MORIN, « Effets combinatoires de deux codes : *Code du travail* et *Code civil du Québec* », (1994) 49-2 *R.I.* 227

rapports collectifs de travail servent de base à l'élaboration de contrats individuels¹³¹.

Certes, la logique institutionnelle d'établissement de conditions minimales d'engagement est commune aux salariés et aux artistes; par contre, l'établissement de normes obligatoires minimum appartient au législateur chez les salariés et la convention collective ne peut y déroger à peine de nullité, alors que cette fonction est dévolue aux parties dans le cadre des ententes collectives¹³² chez les artistes. Ainsi, **l'octroi de conditions minimales d'engagement de l'artiste dépend largement de la vitalité des associations représentatives et de leur pouvoir de négociation alors que cette fonction est uniformisée, généralisée et dévolue au législateur chez les salariés. Chez les artistes, le législateur ne détermine pas le contenu des règles protectrices mais fixe seulement le cadre institutionnel et procédural nécessaire à l'élaboration de ces règles.**

« As a consequence, the scale agreement functions as a form of “minimum labour standard” that is uniquely tailored to the conditions of the particular sector. (...) The effect of the legislation’s minimal intrusion into the labour market is to create an underlying safety net for the majority of working artists and to eliminate the worst forms of “competition to the bottom” that occur when work is scarce. »¹³³

Enfin, l'exploitation des **droits d'auteur** constitue le dernier point distinctif du statut des artistes. C'est là une caractéristique du statut professionnel des artistes. Plusieurs auteurs en

¹³¹ Contrat individuel entre artistes et diffuseurs, art. 30 S-32.01; Contrat individuel entre un artiste et producteur art. 33(4) c.33; Contrat individuel entre un artiste et producteur art. 8 S-32.1.

¹³² Art. 5 c.33 « accord-cadre » « Accord écrit conclu entre un producteur et une association d'artistes et comportant des dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes. » ; art. 33 (4) c.33 « L'accord-cadre l'emporte sur les stipulations incompatibles de tout contrat individuel entre un artiste et un producteur, mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages plus favorables acquis par un artiste sous leur régime. »; art. 8 S-32.1 « L'artiste a la liberté de négocier et d'agréer les conditions de son engagement par un producteur. L'artiste et le producteur liés par une même entente collective, ne peuvent toutefois stipuler une condition moins avantageuse pour l'artiste qu'une condition prévue par cette entente. » (nous soulignons).

¹³³ E. MACPHERSON, *loc. cit.*, note 31, p. 368-369.

soulignent l'importance au point de décrire l'expression de ce droit comme un aspect névralgique dans la construction du statut. « Toutes nos ententes collectives prévoient que l'auteur demeure le premier titulaire du droit d'auteur. (...) L'auteur reçoit des redevances pour les diverses utilisations des productions auxquelles il a contribué. »¹³⁴. Il s'agit véritablement d'un **droit économique** destiné à contrebalancer le rapport de force susceptible d'exister avec les producteurs ou les diffuseurs. Seul le statut de travailleur autonome permet de préserver ce droit pécuniaire. Supprimer « le statut de travailleur autonome d'un auteur reviendrait à éroder son pouvoir de négociation et le déposséder de sa propriété intellectuelle »¹³⁵. Bien que certains aménagements contractuels puissent valablement tempérer ce principe, il demeure que, dans la cadre d'une relation employeur employé, l'employeur est par principe le premier titulaire de l'œuvre créée dans le cadre d'une relation d'emploi, tandis que l'artiste professionnel, quant à lui, chemine étroitement avec l'œuvre, tant dans l'exploitation immédiate que dans la prévision de sa vente future. On dénote ici que l'activité artistique exercée dans un cadre professionnel requiert des besoins spécifiques qui, dans le cadre du contrat de travail, sont accessoires ou bien exceptionnels¹³⁶. Ici, l'association entre la vie économique de l'œuvre, la prestation artistique et le statut de salarié semble être une alliance difficile, alors que cette alliance pour l'artiste professionnel est **économiquement névralgique**. Dans cette perspective, l'instauration d'un cadre de négociation collective professionnel, même si les relations sont dites « moins antagonistes »¹³⁷, permet d'encadrer la gestion des droits d'auteur de l'artiste

¹³⁴ Société des auteurs de radio, télévision et cinéma (S.A.R.T.E.C.), *op. cit.*, note 130, p. 3.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Voir les développements sur le contrat de travail, M.-F. BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Les développements récents en droit de la propriété intellectuelle, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 243.

¹³⁷ « (...) notamment parce que les artistes et les producteurs sont parfois tous deux directement impliqués dans la création de l'œuvre et que le processus créatif dans le secteur culturel est tel qu'il advient fréquemment que les rôles des artistes et producteurs soient interchangeables. », dans L. FARKAS, *op. cit.*, note 21, p. 4.

de façon à lui assurer à la fois **un filet de protection sociale** et à l'associer à la vie économique de son œuvre, ce qui assure à l'artiste une **vitalité économique indéniable**.

À la lumière de ces caractéristiques distinctives, le statut des artistes proposé par les lois démontre un attachement fonctionnel au droit du travail mais qui, d'un point de vue ontologique, s'en détache. Le régime répond adéquatement à la logique professionnelle qu'il encadre.

Différentes critiques se sont élevées contre ces régimes. Danielle Cliche a pu relever que cette **fragmentation structurelle** correspondait à une politique de pouvoir et que le régime ainsi bâti ne ferait que révéler les distorsions d'un secteur à l'autre¹³⁸, déséquilibre de traitement qui, d'un domaine artistique à l'autre, peut engendrer une forme de concurrence, de course à la « cultural legitimacy »¹³⁹. Par ailleurs, l'auteur a pu émettre l'hypothèse qu'en regard des critères d'admissibilité requis pour chaque secteur, certains artistes risquaient d'échapper au bénéfice des ces ententes collectives¹⁴⁰ faute de pouvoir répondre aux critères d'admissibilité. Cette situation pourrait alors conduire à créer deux groupes d'artistes aux mécanismes de protection radicalement différents et inéquitables, confortant chez les artistes professionnels un régime de travail à deux vitesses. Cette remarque doit cependant être tempérée compte tenu de l'insatisfaction déjà procurée par les mécanismes de protection sociale en place à ce jour. Cependant, certaines études dénoncent encore des lacunes dans la mise en place de ce statut socio-économique¹⁴¹. En effet, même si le système prévoit le minimum malheureusement, souvent, ce minimum devient un référentiel invariable¹⁴².

¹³⁸ D. CLICHE, *loc. cit.*, note 20, p. 6.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*, p. 7

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² « These legislative minimums become the maximum », dans E. MACPHERSON, *loc. cit.*, note 31, 388.

Plus importante est la dynamique institutionnelle qui semble handicaper l'élargissement de la couverture protectrice destinée aux artistes professionnels. **Le découpage par métier et à l'intérieur des métiers** asphyxie financièrement les associations d'artistes qui doivent supporter les coûts d'une négociation qui, parfois, s'effectue laborieusement avec chaque producteur ou diffuseur lorsque ces derniers ne sont pas regroupés en association :

« (...) it is extremely expensive for an artists' association or trade union to negotiate on an engager-by-engager basis. The right to collective bargaining is illusory if it cannot be effectively asserted if these organizations are unable to put agreements with producers in place due to a lack of resources. »¹⁴³

Cette situation déchaîne la critique qui n'hésite pas à considérer que :

« [d]estinées à encadrer leurs conditions de travail, les lois existantes sur le statut des artistes professionnels ont forcément été questionnées. Elles ont cependant assez peu retenu l'attention des participants, sans doute en raison de leur peu de résonance dans la réalité de tous les jours. Certains ont relevés qu'il s'agit de bonnes lois sur un plan théorique, mais dont les moyens d'en assurer l'application n'ont pas été prévus, ce qui en limite considérablement la portée. Qualifiant ces lois de « coquille vide » ou de « lois papier », des participants constatent que les conditions des artistes, loin de s'être améliorées, se sont même dégradées (...) malgré l'existence de ces lois. »¹⁴⁴.

En dépit de ces différentes critiques, le régime des artistes professionnels au Québec et au Canada demeure une initiative largement saluée qui, le plus souvent, est érigée par la doctrine comme un modèle de relations de travail à suivre. Pourtant cette position doit, elle aussi, être prise avec réserve. Les caractéristiques de ce régime ont épousé les grandes lignes d'un régime *de facto*. Il est à l'image des besoins révélés par les membres qui, grâce à leur capacité de mobilisation et à une solidarité entre eux éprouvée, ont réussi à créer un régime à part qui leur est destiné.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Conseil des arts et des lettres, op. cit., note 120, p. 5.

Malgré ces critiques, il s'agit d'un régime qui privilégie la négociation sectorielle et qui s'adapte à une structure multi-employeurs en offrant aux artistes professionnels un statut économique et social de base. Bien qu'à ce jour, il ne semble pas complètement abouti, il permet à tout le moins pour certains d'en tirer des bénéfices concrets.

À la lumière de ces constats, on peut s'interroger sur les limites importantes rencontrées par le droit du travail en vue d'accueillir des travailleurs comme les artistes dont la précarité des conditions et du statut de travail est sans cesse avancée¹⁴⁵. D'une part, il existe chez ces travailleurs certains traits d'autonomie qui sont propres à la nature du travail qu'ils effectuent et propres à ses modalités de rémunération (le rôle accordé aux questions de propriété intellectuelle et leur impact économique sur le travailleur). D'autre part, il y a la multiplicité des engagements qui, souvent, écarte l'artiste d'une requalification en entrepreneur dépendant. Et, ces engagements multiples créent un artifice d'indépendance fonctionnelle et économique de l'artiste alors qu'il demeure économiquement dépendant bien que, sur ce point, l'intervention législative dans sa globalité remédie partiellement à cette réalité.

Cette dernière caractéristique fait en sorte que ce statut échappe au droit du travail bien que, comme il l'a été vu, il existe une pesante proximité institutionnelle et fonctionnelle entre ces deux régimes : « (...) existing labour relations legislation does not deal well with contractors who are economically dependent on more than one engager »¹⁴⁶. Le régime entend s'attaquer à ce déficit; il n'est pas la panacée, mais demeure un pas en faveur de **l'élaboration sectorielle d'un statut socio-économique pour ces travailleurs autonomes** aux caractéristiques bien particulières. Le régime institué par ces lois n'est ni autonome, ni complet puisque le contrat individuel complète un régime partiellement balisé par la législation et l'entente collective.

¹⁴⁵ *Id.* et voir aussi à ce propos, Emploi Québec et Conseil de la Culture de Lanaudière, et le Groupe Cogestion, *op. cit.*, note 97, p. 20 et suivantes; E. MACPHERSON, *loc. cit.*, note 31, 355.

¹⁴⁶ *Id.*, 385 (nous soulignons).

Au total, l'économie générale de la loi offre une certaine proximité avec le droit du travail puisque **ce régime a exporté nombre de règles des rapports collectifs de travail**. Dans les grandes lignes, l'architecture générale du régime est respectée, à savoir, l'accréditation, la négociation et le résultat de cette négociation scellé dans les ententes collectives. Mais les correspondances entre le droit du travail et le droit des artistes s'arrêtent là. Le régime reste incomplet. L'association reconnue élabore de simples conditions générales d'exécution qui pourront servir de base à l'entente individuelle. Les normes minimales ne sont pas le fruit du pouvoir législatif mais de ce qui a été établi conventionnellement. Par conséquent, d'un secteur artistique à l'autre, la disparité entre les régimes peut être importante. Par contre, les caractéristiques propres aux artistes professionnels, telles que leurs préoccupations économiques, la source de leurs revenus et leur autonomie intrinsèque alimentent la thèse de l'autonomie du statut de l'artiste à l'égard du droit du travail¹⁴⁷, mais cette autonomie est loin d'être parfaite. Le droit du travail a servi de rampe de lancement à l'édification de ce statut et ces racines sont toujours présentes.

D'ailleurs, ce lien entre le droit du travail et le régime des artistes du spectacle est en France clairement avancé puisque le contrat de ces derniers est présumé légalement être un contrat de travail. Voici une orientation qui présente différentes qualités, celle d'être consacrée par la loi et de rattacher en grande partie ce régime aux institutions et au régime du contrat de travail. Aussi dans les lignes qui suivront, il sera fait état de la situation des artistes de spectacle en France, dont le régime présente des différences significatives avec celui proposé au Canada¹⁴⁸. Des aménagements particuliers y ont été consacrés dans le but de répondre à la dynamique professionnelle de ces derniers, mais il demeure qu'aujourd'hui

¹⁴⁷ Société des auteurs de radio, télévision et cinéma (S.A.R.T.E.C.), *op. cit.*, note 130.

¹⁴⁸ Notons à ce stade que la situation de la France contraste avec celle du Québec. La rigueur imposerait que cette partie figure davantage dans la partie 1 soit les indépendants dépendants importés dans la zone du

les artistes bénéficient d'un véritable statut professionnel qui leur octroie non seulement le bénéfice protecteur du droit du travail mais aussi celui du droit de la sécurité sociale. Grâce à cette intervention législative les artistes demeurent dans le giron du droit du travail; on est face à l'importation de travailleurs dépendants en qualité de salariés. En ont-ils pour autant perdu leurs caractéristiques distinctives? C'est sur ce questionnement que s'achèvera la présentation de ce régime aux caractéristiques bien particulières.

Section 3 - Naissance et évolution d'un régime spécifique en France

Né de l'initiative collective, le régime des artistes en France mettra près de soixante ans avant d'arborer la facture qu'on lui connaît aujourd'hui. L'initiative première reviendra aux organisations syndicales qui, à force de revendications, obtiendront dans un premier temps des mesures législatives parcellaires qui finiront en 1969 par aboutir à l'adoption d'un régime en soi.

« Demeurées trop fragmentaires, ces diverses mesures ont été souvent, malgré la conclusion depuis 1936 de plusieurs conventions collectives, remises en cause par les entrepreneurs du spectacle qui cherchent à tourner la loi et la jurisprudence. Le moment était donc venu, pour le législateur, de préciser avec plus de solennité la situation juridique des artistes de spectacle (...) »¹⁴⁹

Deux étapes ont souligné l'élaboration du statut. La première a été marquée par des interventions successives et partielles de la part du législateur qui ont fini par aboutir à une

salariat. Cependant nous avons fait le choix de privilégier l'analyse comparée afin d'exposer l'absence de correspondance d'un pays à l'autre mais les développements seront sommaires.

¹⁴⁹ Yves SAINT-JOURS, « Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins », (1970) *D. Chr.* 17.

deuxième intervention législative globale et unique capable de traiter dans son ensemble la problématique des artistes interprètes.

Avant même la loi de 1969 qui viendra sceller le statut des artistes interprètes, il y a eu plusieurs incursions tentées par le législateur pour progressivement teinter le régime des artistes de droit social. Dans l'ordre¹⁵⁰, il a assuré l'extension des mécanismes de protection du travail destinés aux femmes et aux enfants au milieu du spectacle en 1892, puis a étendu la compétence juridictionnelle du Conseil des prud'hommes aux artistes éteignant la controverse selon laquelle :

« (...) les contrats liant aux directeurs d'entreprise de spectacles n'étaient pas des contrats de travail. On avait fait valoir que la nature des engagements pris était incompatible avec le louage de services : le talent, voire le génie, ne pourrait faire l'objet de prestations au profit d'autrui. »¹⁵¹

Plus tard encore les artistes se verront attacher les mêmes bénéfices que les salariés en cas de faillite de l'entrepreneur. Il leur sera étendu le bénéfice des assurances sociales puis l'octroi de congés payés. Et, finalement, ils deviendront en 1961 obligatoirement affiliés à la sécurité sociale. On le remarquera, l'évolution d'un régime en faveur des artistes s'est faite par des incursions successives dans le régime du droit du travail salarié pour finalement s'y rapporter totalement en 1969.

Cette intervention législative est marquée par deux traits significatifs, d'une part l'affiliation obligatoire des artistes au régime de sécurité sociale et, d'autre part,

¹⁵⁰ Voir à ce propos l'historique du statut juridique des artistes dressé par plusieurs auteurs, notamment, *id.*; Rolande DEBONNE-PENNET, « Le statut juridique des artistes du spectacle », (1980) *D. Chr.* 17-24 ou encore André BRUN, Henri GALLAND, *Droit du travail*, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p., p. 252 (pour l'état de la jurisprudence avant l'intervention législative).

¹⁵¹ *Id.*, p. 104.



l'attribution du statut de salarié par présomption légale : « le forçage du contrat de travail »¹⁵².

D'emblée, on observe que, dans les deux pays, la problématique relative au statut juridique des artistes a été posée. Par contre, les termes du débat ont été amorcés différemment. Alors que le débat canadien s'ancrait sur le terrain de la reconnaissance professionnelle et du libre exercice du droit d'association des artistes, en France, l'enjeu prioritaire s'est posé relativement à la protection sociale des artistes consacrée légalement. En France, l'assurance d'une protection sociale uniforme pour ces travailleurs a dominé le débat, alors qu'au Canada c'est davantage la reconnaissance professionnelle des artistes qui a dominé.

Outre les modes de résolution de la problématique du travail des artistes, la nature des mécanismes mis en place par chaque pays est différente. Dans un cas, les artistes ont été placés sous **la protection dominatrice du droit du travail**, et ce, moyennant quelques aménagements, tandis qu'au Canada, les artistes demeurent dans la sphère du contrat d'entreprise en échange du parachutage d'une armature et d'un référentiel constant au droit du travail dans cet espace où la libre entreprise reste le principe. Ceci étant, l'inclusion en France des artistes dans la zone du salariat même si elle s'est faite progressivement n'allait pas de soi tant par la nature du travail d'artiste avec laquelle le droit du travail allait composer que par la nature du travail salarié en soi qui ne supportait pas tout à fait ce greffon.

La loi du 26 décembre 1969¹⁵³, dans la foulée des législations sur le statut des journalistes, des voyageurs et des représentants de commerce, allait octroyer le statut de salarié à ces derniers et le bénéfice des mécanismes protecteurs du droit du travail. Au moins trois explications ont justifié l'intervention du législateur. Il est apparu de façon évidente que le traitement au cas par cas des artistes devenait insoutenable tant par les incohérences

¹⁵² Jean PÉLISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, coll. « Précis », 21 éd., Paris, Dalloz, 2002, 1337 pages, p. 212, § 142 et suiv.

¹⁵³ Loi n° 69-1186, du 26 décembre 1969, J.O. 30 déc. 1969, p. 12731 et 12732.

jurisprudentielles dénoncées par la doctrine¹⁵⁴ que par l'incertitude qu'il faisait naître chez les parties. Certes les juges s'efforçaient d'endiguer ce désordre par le décortiquage de la notion de subordination juridique mais en vain. On peut relever ce point à travers la doctrine de l'époque.

« Or, comme il devenait de plus en plus évident que, sauf notoriété exceptionnelle, l'artiste ne jouit pas d'une totale indépendance vis-à-vis de l'entrepreneur de spectacle, la jurisprudence devait admettre tour à tour que la liberté d'expression, la propriété du matériel utilisé lequel d'ailleurs fait corps avec l'artiste, et l'emploi d'un personnel secondaire ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un lien de subordination juridique caractéristique du contrat de travail. »¹⁵⁵

D'ailleurs, les tribunaux se fondaient largement sur la « partie administrative »¹⁵⁶ de la prestation de l'artiste pour en extraire le lien de subordination juridique, à savoir la détermination des heures pour les répétitions, les consignes à respecter, la « discipline scénique »¹⁵⁷. De cet état jurisprudentiel¹⁵⁸, les auteurs Brun et Galland analyseront que « sous couvert de ce procédé technique (...). Ces solutions s'inspirent plus ou moins consciemment de l'idée de *dépendance économique* »¹⁵⁹.

La seconde explication doit être recherchée dans la lente mais inexorable incursion du législateur dans la zone du salariat pour assurer une meilleure protection aux artistes. L'élaboration de ce statut s'inscrit donc dans cette évolution.

¹⁵⁴ « Les artistes pouvaient être soumis, selon qu'il passaient de l'une à l'autre entreprise, à deux régimes sociaux et fiscaux différents. », dans R. DEBONNE-PENNET, *loc. cit.*, note 150, 17.

¹⁵⁵ Y. SAINT-JOURS, *loc. cit.*, note 149, 18.

¹⁵⁶ R. DEBONNE-PENNET, *loc. cit.*, note 150, 19.

¹⁵⁷ A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 150, p. 252.

¹⁵⁸ Thierry REVET, *La Force de travail - Étude juridique*, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p. 156-157.

¹⁵⁹ A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 150, p. 252 (en italique dans le texte).

deuxième intervention législative globale et unique capable de traiter dans son ensemble la problématique des artistes interprètes.

Avant même la loi de 1969 qui viendra sceller le statut des artistes interprètes, il y a eu plusieurs incursions tentées par le législateur pour progressivement teinter le régime des artistes de droit social. Dans l'ordre¹⁵⁰, il a assuré l'extension des mécanismes de protection du travail destinés aux femmes et aux enfants au milieu du spectacle en 1892, puis a étendu la compétence juridictionnelle du Conseil des prud'hommes aux artistes éteignant la controverse selon laquelle :

« (...) les contrats liant aux directeurs d'entreprise de spectacles n'étaient pas des contrats de travail. On avait fait valoir que la nature des engagements pris était incompatible avec le louage de services : le talent, voire le génie, ne pourrait faire l'objet de prestations au profit d'autrui. »¹⁵¹

Plus tard encore les artistes se verront attacher les mêmes bénéfices que les salariés en cas de faillite de l'entrepreneur. Il leur sera étendu le bénéfice des assurances sociales puis l'octroi de congés payés. Et, finalement, ils deviendront en 1961 obligatoirement affiliés à la sécurité sociale. On le remarquera, l'évolution d'un régime en faveur des artistes s'est faite par des incursions successives dans le régime du droit du travail salarié pour finalement s'y rapporter totalement en 1969.

Cette intervention législative est marquée par deux traits significatifs, d'une part l'affiliation obligatoire des artistes au régime de sécurité sociale et, d'autre part,

¹⁵⁰ Voir à ce propos l'historique du statut juridique des artistes dressé par plusieurs auteurs, notamment, *id.*; Rolande DEBONNE-PENNET, « Le statut juridique des artistes du spectacle », (1980) *D. Chr.* 17-24 ou encore André BRUN, Henri GALLAND, *Droit du travail*, Paris, éd. Sirey, 1958, 1053 p., p. 252 (pour l'état de la jurisprudence avant l'intervention législative).

¹⁵¹ *Id.*, p. 104.

l'attribution du statut de salarié par présomption légale : « le forçage du contrat de travail »¹⁵².

D'emblée, on observe que, dans les deux pays, la problématique relative au statut juridique des artistes a été posée. Par contre, les termes du débat ont été amorcés différemment. Alors que le débat canadien s'ancrait sur le terrain de la reconnaissance professionnelle et du libre exercice du droit d'association des artistes, en France, l'enjeu prioritaire s'est posé relativement à la protection sociale des artistes consacrée légalement. En France, l'assurance d'une protection sociale uniforme pour ces travailleurs a dominé le débat, alors qu'au Canada c'est davantage la reconnaissance professionnelle des artistes qui a dominé.

Outre les modes de résolution de la problématique du travail des artistes, la nature des mécanismes mis en place par chaque pays est différente. Dans un cas, les artistes ont été placés sous **la protection dominatrice du droit du travail**, et ce, moyennant quelques aménagements, tandis qu'au Canada, les artistes demeurent dans la sphère du contrat d'entreprise en échange du parachutage d'une armature et d'un référentiel constant au droit du travail dans cet espace où la libre entreprise reste le principe. Ceci étant, l'inclusion en France des artistes dans la zone du salariat même si elle s'est faite progressivement n'allait pas de soi tant par la nature du travail d'artiste avec laquelle le droit du travail allait composer que par la nature du travail salarié en soi qui ne supportait pas tout à fait ce greffon.

La loi du 26 décembre 1969¹⁵³, dans la foulée des législations sur le statut des journalistes, des voyageurs et des représentants de commerce, allait octroyer le statut de salarié à ces derniers et le bénéfice des mécanismes protecteurs du droit du travail. Au moins trois explications ont justifié l'intervention du législateur. Il est apparu de façon évidente que le traitement au cas par cas des artistes devenait insoutenable tant par les incohérences

¹⁵² Jean PÉLISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAMMAUD, Droit du travail, coll. « Précis », 21 éd., Paris, Dalloz, 2002, 1337 pages, p. 212, § 142 et suiv.

¹⁵³ Loi n° 69-1186, du 26 décembre 1969, J.O. 30 déc. 1969, p. 12731 et 12732.

jurisprudentielles dénoncées par la doctrine¹⁵⁴ que par l'incertitude qu'il faisait naître chez les parties. Certes les juges s'efforçaient d'endiguer ce désordre par le décortiquage de la notion de subordination juridique mais en vain. On peut relever ce point à travers la doctrine de l'époque.

« Or, comme il devenait de plus en plus évident que, sauf notoriété exceptionnelle, l'artiste ne jouit pas d'une totale indépendance vis-à-vis de l'entrepreneur de spectacle, la jurisprudence devait admettre tour à tour que la liberté d'expression, la propriété du matériel utilisé lequel d'ailleurs fait corps avec l'artiste, et l'emploi d'un personnel secondaire ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un lien de subordination juridique caractéristique du contrat de travail. »¹⁵⁵

D'ailleurs, les tribunaux se fondaient largement sur la « partie administrative »¹⁵⁶ de la prestation de l'artiste pour en extraire le lien de subordination juridique, à savoir la détermination des heures pour les répétitions, les consignes à respecter, la « discipline scénique »¹⁵⁷. De cet état jurisprudentiel¹⁵⁸, les auteurs Brun et Galland analyseront que « sous couvert de ce procédé technique (...). Ces solutions s'inspirent plus ou moins consciemment de l'idée de *dépendance économique* »¹⁵⁹.

La seconde explication doit être recherchée dans la lente mais inexorable incursion du législateur dans la zone du salariat pour assurer une meilleure protection aux artistes. L'élaboration de ce statut s'inscrit donc dans cette évolution.

¹⁵⁴ « Les artistes pouvaient être soumis, selon qu'il passaient de l'une à l'autre entreprise, à deux régimes sociaux et fiscaux différents. », dans R. DEBONNE-PENNET, *loc. cit.*, note 150, 17.

¹⁵⁵ Y. SAINT-JOURS, *loc. cit.*, note 149, 18.

¹⁵⁶ R. DEBONNE-PENNET, *loc. cit.*, note 150, 19.

¹⁵⁷ A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 150, p. 252.

¹⁵⁸ Thierry REVET, *La Force de travail - Étude juridique*, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p. 156-157.

¹⁵⁹ A. BRUN, H. GALLAND, *op. cit.*, note 150, p. 252 (en italique dans le texte).

Enfin, le souci d'être plus cohérent face à l'évolution de la sécurité sociale qui progressivement étendait au-delà des contours traditionnels du salariat, la notion de bénéficiaire¹⁶⁰, a sans aucun doute contribué à cette audace législative.

L'intervention du législateur mettra donc un terme définitif à ce traitement au cas par cas et aux hésitations ou aux incohérences jurisprudentielles. Aujourd'hui, la loi de 1969 s'adresse aux artistes de spectacle « (...) notamment l'artiste lyrique, l'artiste dramatique, l'artiste chorégraphique, l'artiste de variétés, le musicien, le chansonnier, l'artiste de complément, le chef d'orchestre, l'arrangeur orchestrateur et, pour l'exécution matérielle de sa conception artistique, le metteur en scène. »¹⁶¹. En présence de l'adverbe « notamment » la liste présentée plus tôt n'est pas exhaustive, ce qui étend sensiblement le champ d'application du texte.

Le choix de la **présomption légale** plutôt que l'assimilation pure et simple de l'artiste au salarié n'est pas le fruit du hasard, pas plus que ne l'est la portée de la présomption définie au terme de la loi. En effet, la lente évolution jurisprudentielle avait fait apparaître que l'artiste bien que maître de son talent, de sa créativité, bien qu'en possession d'outils indissociables de sa personne, demeurait, sauf notoriété exceptionnelle, sous la gouverne de quelques autorités. C'est précisément le « sauf » qu'il convient de regarder, car ce rapatriement des artistes en faveur du salariat s'imposait dans la plupart des cas, mais n'allait pas de soi. Il convenait de ménager quelques exceptions. Ce fut le cas pour ceux dont la notoriété leur permettait de s'affranchir du lien de subordination¹⁶². Ainsi, l'artiste est présumé être légalement titulaire d'un contrat de travail nonobstant les conditions d'exercice et de qualification de la prestation de service, charge à celui qui le conteste d'en faire la preuve inverse.

¹⁶⁰ Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE et Rollande RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1265 p., § 602, p. 450 et voir également pour l'évolution historique p. 19 et suiv.

¹⁶¹ Art. L. 762-1 al. 3 C.T.; Catherine PUIGELIER, J.-Cl. Traité travail, fasc. 17-1, v° Salariat.

¹⁶² Voir à ce propos, l'exposé des motifs du projet de loi exposé par T. REVET, op. cit., note 158, p. 159.

L'appréciation doctrinale de la portée de la présomption s'accorde pour souligner que, malgré l'absence d'une présomption irréfragable en droit, dans les faits, elle en épouse largement les effets. Le texte « (...) multiplie [en effet] les prévisions faisant obstacle à toute preuve contraire, ce qui revient à peu près au même résultat », ou encore on peut lire qu'il existe un « (...) caractère largement théorique du dualisme introduit par la loi entre les éléments établissant la présomption et ceux qui la détruisent »¹⁶³. À titre d'illustration, quelques exemples tirés de la jurisprudence contemporaine :

« L'existence d'un contrat de travail est caractérisée dès lors qu'il est relevé que le prestidigitateur illusionniste qui intervient au cours d'une manifestation sportive à la demande d'une association, reçoit des ordres quant aux modalités d'exécution de ses prestations ainsi que certains reproches écrits et dont l'intervention se déroule dans le cadre d'un service organisé l'exonérant de tous les risques supportés par l'entreprise, les moyens matériels étant mis à sa disposition par l'association qui détermine hors le concours de l'artiste les horaires de travail et le prix des places. »¹⁶⁴

ou encore,

« 1° Après avoir énoncé à bon droit que la liste des professions énumérées à l'article L. 762-1 du Code du travail n'était pas limitative, la cour d'appel qui a relevé qu'une personne était chargée, lors d'un spectacle, de fournir la sonorisation et l'éclairage en liaison avec le metteur en scène, que son rôle était d'autant plus important qu'elle travaillait pour une association de bénévoles, et qu'elle n'était pas un simple exécutant, en déduit exactement qu'elle était un artiste du spectacle.

2° Ayant constaté qu'il n'était pas discuté que les metteurs en scène, la décoratrice et la costumière étaient des artistes du spectacle et qu'ils avaient été rémunérés pour leur activité, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à caractériser l'existence d'un lien de subordination, que, quel que soit le mode et le montant de leur rémunération, le contrat qui les liait à

¹⁶³ Id., 159.

¹⁶⁴ Association sportive du Palais des sports Alpeexpo c. M. Filippi, n° 96-226.- CA Grenoble (ch. soc.), 30 oct. 1995, Bulletin d'Information de la Cour de Cassation n° 428, en date du 15/05/1996.

l'association était présumé être un contrat de travail, en application des dispositions de l'article L. 762-1 du Code du travail. »¹⁶⁵.

Mais l'audace du législateur ne s'arrête pas là. Encore une fois à l'écoute du milieu visé, le législateur institue le contrat de travail individuel collectif. Par ce contrat de travail collectif, l'entrepreneur de spectacle élimine la signature de chaque artiste se produisant pour un même numéro. Un seul contrat pourra être signé entre l'entrepreneur et le responsable du groupe ayant obtenu mandat de chacun d'eux, à noter que ce dernier demeure malgré son rôle, salarié. On ne parle pas de convention ou d'accord collectif ou d'accord-cadre comme c'est le cas au Canada. Ce contrat n'a de collectif que le fait de s'appliquer de façon identique à un groupe de travailleurs ou de faciliter le remplacement des artistes pour un même spectacle sans que des droits et des obligations spécifiques ne soient attachés au mandataire. Cette extension du contrat permet de « (...) maintenir l'ossature de base du contrat initialement consenti (...) à l'ensemble des parties. »¹⁶⁶, en somme une façon d'assurer la continuité des conditions de travail d'un artiste, mais aussi dans une certaine mesure d'assurer **l'équité** entre les parties et leur **sécurité**. Cette disposition a eu pour objet de clarifier la frontière entre le marchandage et la sous-entreprise.

Les deux éléments novateurs, à savoir la présomption légale et l'institution d'un contrat individuel collectif, amènent une réflexion sur la technique employée et **la transfiguration du concept de subordination juridique**. Tout d'abord, il est clair que l'intervention du législateur repose dans ce cas sur la volonté de se plier aux caractéristiques professionnelles du métier d'artiste, une sorte d'adaptation du contrat de travail à *l'intuitus professionae*. Cette réflexion peut être avancée tant à l'égard de

¹⁶⁵ Cass. soc. 8 juillet 1999 n° du pourvoi 97-14487 (URSSAF de Lille c. association Le Brueghel et a.) Bulletin d'Information de la Cour de Cassation n°504, en date 1/12/1999 n° 1337 (nous soulignons).

¹⁶⁶ Catherine PUIGELIER, J.-Cl. Traité travail, fasc. 17-1, v° Salariat.

l'instauration du contrat de travail collectif qu'à l'égard de la présomption légale. Ce rattachement semble constituer une **béquille législative**. Comme si l'intervention du législateur servait de trait d'union entre, d'une part, un concept vieillissant de subordination juridique et, d'autre part, un besoin d'évolution et d'expansion du salariat. Puis les années passant, le greffon (le statut des artistes) est assimilé totalement à l'organisme d'accueil (le salariat) le faisant par là même grandir et la qualification de salarié ne fait plus de doute. Ceci étant, le mécanisme de rattachement au droit du travail comporte des faiblesses comme en témoigne le récent conflit des intermittents du spectacle. Il s'agit d'artistes-interprètes qui exécutent le travail sous le régime d'un contrat à durée déterminée, soit le temps d'un spectacle, d'une tournée, d'une représentation, d'une émission. **L'absence de représentation des intérêts catégoriels** de ces travailleurs autrement que par l'application du régime du salariat a permis de leur accorder tous les attributs du salariat y compris le système d'assurance chômage et de sécurité sociale. Or le recours systématique au chômage¹⁶⁷, le nombre croissant de ces travailleurs et le déficit par conséquent des institutions gestionnaires de l'assurance-chômage (l'UNEDIC) ont conduit à la remise en question du régime jugé inadapté et coûteux pour l'ensemble de la communauté. En guise de protestation, les intermittents ont manifesté leur mécontentement par une vague de grèves sans précédent. Sans entrer dans le détail du conflit, il est intéressant de relever que la technique du « redéploiement du droit du travail » montre ici ses limites, voire ses effets pervers. Il démontre aussi **l'importance d'accorder une place spécifique à la représentation des intérêts catégoriels** de certains travailleurs et surtout à la mise en place d'un régime qui leur sied, pas seulement en matière de protection sociale, mais aussi en terme de statut de travail.

L'autre élément sur lequel il convient de se pencher reste le contenu de la subordination qui, pour les besoins de la cause, empruntera un contenu non universel, ni même homogène

¹⁶⁷ On considère que les intermittents « (...) touchent huit fois plus d'allocation-chômage qu'ils ne paient de cotisation. », dans Emmanuel de ROUX « Le régime des intermittents du spectacle connaîtra deux réformes « à la rentrée » », le 23 mai 2003 Le Monde 3 pages, p. 1.

mais un contenu capable de se modeler à une situation professionnelle donnée et d'enrayer les difficultés de qualification vécues par les juges. Thierry Revet analyse cette situation comme l'édification par le législateur de conditions spécifiques qui « (...) rompent, seulement, avec l'acceptation du lien de subordination, en vigueur lors de leur promulgation. », car l'édification de ces conditions ne fera que faire progresser le concept de subordination dans son expansion, rompu aux exercices d'adaptation. Le résultat laisse une « (...) subordination légalement présumée (...) [au] contenu singulier, propre à l'activité réglementée. »¹⁶⁸.

* * *

Plusieurs enseignements sont à tirer de la situation des artistes. Le régime français met en lumière les critiques déjà abordées dans le cadre de la partie 1, à la différence que la technique employée par le législateur est celle de la présomption légale. Cette technique comporte quelques aménagements *intuitu professionae* mais de faible envergure. D'ailleurs l'actualité récente a mis en lumière, au sujet des intermittents du spectacle, les actions contre-nature auxquelles cette technique peut aboutir faute de coller à la réalité de ces travailleurs. En contraste, les situations québécoise et canadienne offrent des régimes à la facture novatrice tant par les techniques normatives employées (Combinaison de la technique législative, de la négociation collective sectorielle et professionnelle et de la négociation individuelle) que par les institutions mises en place. L'essence du régime repose sur la vitalité des acteurs et non du législateur. Certes le législateur est venu sceller les acquis mais il reste « aux arrières-postes » de l'action, garant de l'intégrité du régime.

Ce régime en de multiples aspects colle à la réalité professionnelle du milieu artistique. Il a su se servir de certains acquis du droit du travail pour les adapter aux

conditions de ces travailleurs. Il permet de mettre en scène les acteurs du milieu, pas seulement un employeur, mais une pluralité de donneurs d'ouvrage, puisque l'artiste est souvent confronté à des engagements multiples aux durées variables. Il offre aussi la possibilité de défendre non seulement les intérêts d'une profession et d'un métier, le caractère *intuitu professionae*, par le biais des partenaires sociaux mais laisse une marge de négociation possible à un niveau individuel. Globalement le régime propose une facture proche de celle qui encadre le régime des rapports collectifs canadien et québécois. Par contre, il conserve suffisamment d'autonomie pour maintenir l'indépendance des artistes essentielle à la préservation de leurs droits pécuniaires.

Enfin, pour préserver l'autonomie fonctionnelle et contractuelle de l'artiste, il convenait d'adopter une armature institutionnelle et normative originale. Le triple palier d'intervention aura permis de concéder aux partenaires sociaux un rôle adéquat destiné à préserver les intérêts et spécificités des artistes tout en ayant l'assurance d'un cadre garanti par l'État. Par contre, certaines disparités entre les secteurs artistiques ont été relevées du point de vue de la vitalité des associations. Il est alors important de prévoir sur le plan des droits substantifs des principes généraux de protection plus conséquents.

En contraste, certaines situations de dépendance dans l'indépendance donnent lieu non pas à l'application explicite du droit du travail mais davantage à une application analogique. Même si la dépendance des travailleurs non salariés dépendants reste imparfaitement relevée tant dans les faits qu'au regard des cadres juridiques qui régissent leurs relations, rapports et mécanismes de protections, nous tenterons néanmoins de l'approcher dans le chapitre suivant.

¹⁶⁸ T. REVET, *op. cit.*, note 158, p. 159.

CHAPITRE 2 – DE L'EXPORTATION ANALOGIQUE DU DROIT DU TRAVAIL À DES NON-SALARIÉS DÉPENDANTS

Parmi les travailleurs non salariés dépendants certains se sont ouverts à des formes de dépendance tant par la nature des relations qu'ils créent que par le cadre juridique dans lequel ils interviennent. Par analogie, on peut y voir certains traits du droit du travail. Dans cette perspective, deux formes de travail seront successivement analysées, en premier la franchise (**Section 1**), puis plus sommairement l'agent commercial qui reste une spécificité française (**Section 2**).

Section 1 - La franchise ou « l'entrepreneuriat encadré »¹

Coincée entre la production et la consommation, la franchise fait partie du processus de distribution². Elle connaît depuis plusieurs années un succès considérable sur l'ensemble des continents, un phénomène dont le succès est surtout contemporain mais qui trouve ses

¹ Titre évocateur du document gouvernemental québécois sur la question du franchisage : Jean H. BOURRET, François COURNOYER, Jean H. GAGNON, M. F. Georges SAYEG, Le franchisage, l'entrepreneuriat encadré, Direction du commerce, Ministère du Développement économique et régional du Québec, novembre 2002, 61 pages, disponible sur le site : http://www.mic.gouv.qc.ca/commerce/fr/entrepreneuriat_encadre.html

² Didier FERRIER, Droit de la distribution, 2^e éd., Paris, Éditions LITEC, 2000, 355 p.; Martine BEHAR-TOUCHAIS, Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, coll. « Traité des contrats », Paris, L.G.D.J., 1999, 911 p., p. 1.

racines au Moyen-Âge³. Mais pour que la franchise atteigne sa dimension contemporaine, il aura fallu la conjugaison de deux éléments, une plus vaste et meilleure circulation des biens et des personnes ainsi que l'avènement de la production de masse. L'après-guerre va constituer à cet égard l'élément moteur pour le développement de nouvelles techniques de distribution lesquelles n'auront de cesse de se renforcer et de se raffiner tout au long de cette période contemporaine.

Aujourd'hui, la franchise génère près de 40 % des ventes au détail faites au Canada. Un travailleur sur quatorze travaille dans un système de franchisage au Canada⁴. Sur le plan international⁵, le Canada occupe le deuxième rang derrière les États-Unis avec plus de 1 000 franchiseurs. La franchise représenterait un tiers du commerce Outre-Atlantique. Et la France, même si elle n'atteint pas ces sommets, a démontré une croissance quasi constante au-dessus des 10 % par année depuis le début des années 80, seules ces dernières années montrent une légère inflexion.

Il est évidemment difficile d'expliquer de façon objective les raisons qui ont été à l'origine d'un tel succès. Jean-François Licari⁶ l'attribue en partie à l'avènement de la « distribution intégrée ». Elle marque l'alliance entre deux volets de l'activité économique autrefois isolés, celui de la production et celui de la distribution. Cette « alliance » est apparue au

³ Karim TORBEY, Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés – étude de droit français et de droit libanais, T. 384, L.G.D.J, Paris, 2002, 363 pages, p. 2.

⁴ Jean H.GAGNON, « La franchise : un contrat sui generis dangereux », (1989-90) 57 Assurances 394-416, 395; John SOTOS, Frank ZAĬD, Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada – Stratégie du droit commercial – Loi uniforme sur les franchises – Rapport du Comité de travail, Fredericton, 11 août 2003, 39 pages, p. 3, disponible sur le site : <http://www.ulcc.ca>

⁵ Voir l'association internationale de la Franchise (World Franchise Council) disponible sur le site : <http://www.worldfranchisecouncil.org/>; voir également la fédération française de franchise disponible sur le site : <http://www.franchise-fff.com>

⁶ François-Xavier LICARI, La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, vol. 58, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Cahors, Éditions LITEC, 2002, 759 pages, p. 11 à 14

contact d'une économie d'abondance, où il s'est avéré nécessaire pour la production de développer de nouvelles stratégies en vue de se rapprocher du consommateur. Sans aller vers une concentration absolue, la voie du rapprochement s'est dessinée en faveur d'une distribution contrôlée ou « intégrée »⁷ où :

«(...) les fabricants lièrent les distributeurs contractuellement pour en faire les instruments d'une politique commerciale concertée, sans supprimer leur indépendance juridique, mais en obtenant une intégration comparable à celle obtenue par l'intermédiaire de filiales, sans supporter les charges de financement corrélatives »⁸.

La doctrine française la définit comme un «accord de réitération» «qui permet de favoriser une activité de distribution de produits ou services, en application d'une réussite commerciale»⁹. Il s'agit d'une «convention par laquelle un franchiseur qui a connu une réussite dans une activité de distributeur permet à des franchisés de la réitérer moyennant rémunération»¹⁰. Elle est « essentiellement basée sur la communication de savoir-faire et de l'assistance continue apportée aux franchisés, d'où l'esprit de collaboration qui l'anime »¹¹. C'est le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

⁷ « (...) il s'agit d'une relation contractuelle dans laquelle le distributeur s'oblige à travailler, la plupart du temps exclusivement, à la promotion et à l'écoulement des produits dans l'intérêt de son cocontractant, selon ses directives, sous son contrôle et en faisant apparaître son nom », *id.*, p. 14.

⁸ *Id.*, p. 13.

⁹ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 283.

¹⁰ *Id.*

¹¹ K. TORBEY, *op. cit.*, note 3, p. 3; Le règlement de la Commission européenne donne la définition suivante : la franchise est « un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins, modèles, droit d'auteur, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ».: art. 3 a) et b) Règlement (CE) n° 4087/88 de la Commission, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise, art. 8, disponible sur le site : <http://europa.eu.int>, ci-après cité, « Règlement (CE) n° 4087/88 ».

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une prestation uniforme des locaux et/ou moyens de transports visés au contrat,
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire, et
- la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord.

Pour assurer de telles obligations, il faut nécessairement accorder au titulaire du concept un pouvoir de coordination, d'assistance. Dans ce cadre, l'« immixtion dans la sphère décisionnelle » de l'entreprise franchisée est inévitable et constitue le cœur de notre problématique. En effet, le « fabricant » (franchiseur) joue un rôle « d'état major », qui veille, par les directives et les instructions données, à la coordination des actions promotionnelles des produits ou des services qu'il fournit ainsi qu'à toutes les questions concernant leur commercialisation. Dans cette perspective quel contrepoids légal est mis en place pour garantir les droits du franchisé? Peut-on toujours le considérer comme un entrepreneur indépendant? Certains évoquent les termes de franchise « subordonnante », est-ce légitime en regard des faits et du droit?

Ces questions paraissent légitimes dans la mesure où le contexte dans lequel s'est développé la franchise était et demeure à certains égards empreint d'une grande liberté contractuelle. Et pour cause, le succès de la franchise a pris un envol considérable s'attachant au passage peu de contraintes légales. Il aura fallu attendre le travail des praticiens pour structurer, développer des instruments juridiques spécifiques et, surtout, mettre en place des mécanismes destinés à assurer un rééquilibrage de la relation contractuelle. Quand « il est apparu au grand jour certains déséquilibres (...) [1] les auteurs se sont divisés en deux camps, d'une part ceux qui étaient hostiles à une incursion d'un ordre

public de protection dans le droit de la distribution et, d'autre part, ceux qui appelaient à un rééquilibrage des relations contractuelles »¹².

Aujourd'hui, ce dilemme est loin d'avoir été résolu, nombreux sont les pays encore dépourvus de législation spéciale. Au Canada, seulement deux provinces ont adopté une législation spécifique, la Colombie-Britannique puis l'Ontario.

En dépit de ce vide législatif spécifique, la franchise n'oeuvre cependant pas sur un terrain dépourvu de règles. Que ce soit en France ou au Canada, la franchise ne sollicite pas moins d'une dizaine de lois, et plusieurs codes de conduite ou de déontologie¹³ s'adressent directement à la question des franchises. Elle puise, en raison du type de relations qu'elle institue tout à la fois dans le droit des affaires, le droit de la concurrence, de la propriété intellectuelle, le droit commun, le droit administratif, le droit communautaire, le droit du travail et, enfin, le droit pénal¹⁴. En somme, c'est un contrat né de la pratique commerciale, il soutire ses règles d'un ensemble « composite »¹⁵. Il sollicite les règles d'un « droit pluridisciplinaire »¹⁶. Au Québec et en France, la doctrine a pu le qualifier de « droit non

¹² M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 2, p. 3.

¹³ Par exemple, le Code de déontologie européen du franchisage, selon l'Observatoire de la Franchise ce texte vise à « (...) défini[r] des principes et des règles pour les franchiseurs. Les adhérents à la Fédération française de la franchise s'engagent à le respecter. En cas de litige, les tribunaux peuvent s'appuyer sur ce texte pour trancher », disponible sur le site : <http://www.observatoiredelafranchise.fr>; ou encore le Canadian Franchise Association qui a élaboré un Code of Ethics. Il s'agit d'une forme d'autorégulation. Plus généralement sur ce mode de régulation appliqué à d'autres secteurs : Peter MUCHLINSKI « Human rights, social responsibility and the regulation of international business: The development of international standards by intergovernmental organisations », (2003) 3 (1) *Non-State Actors and International Law* 123-152, disponible sur le site : <http://www.kluwerlawonline.com>; Guylaine VALLÉE, « Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale. Réflexions sur la contribution du droit étatique », (2003) 58-3 *R.I.* 363.

¹⁴ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2; Jean H. GAGNON, *Le droit de la franchise au Québec*, Montréal, éd. Wilson & Lafleur, édition à feuillets mobiles, mise à jour permanente, 2003.

¹⁵ K. TORBEY, *op. cit.*, note 3, p. 7.

¹⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 2, p. 3.

autonome », tant la référence aux règles juridiques par ce contrat est vaste et non spécifique et puise dans divers secteurs du droit¹⁷.

La franchise pose essentiellement deux problèmes, celui de la relation en soi et du régime juridique qui lui est associé. La relation de faits qui gouverne le contrat de franchise comporte de nombreuses analogies avec le contrat de travail, analogies par exemple quant au contrôle du franchiseur sur le franchisé. L'analogie peut parfois devenir identité, lorsque l'on touche la question des faux franchisés. Mais cette question nécessite une analyse et un traitement à part¹⁸. En dehors de ces situations illégitimes, il est permis de s'interroger sur la contrepartie contractuelle ou légale accordée au franchisé sous l'angle de l'équité. Car, en dépit de la nature différente des problèmes adressés, lorsque l'on envisage l'usage frelaté de la franchise, il reste que la proximité des deux contrats justifie que nous nous interroguions sur son encadrement juridique (§-2) en regard de certaines similitudes factuelles entre le contrat de travail et le contrat de franchise qui auront été mises en évidence préalablement (§-1).

¹⁷ J .H. GAGNON, loc. cit., note 4, p. 396.

¹⁸ Supra, voir introduction.

§-1. *La nature juridique du contrat de franchise entre collaboration et contrôle : la franchise «subordonnante » ou « partenariale »*¹⁹

Le contrat de franchise comporte des caractéristiques ambivalentes, il est à la fois la résultante d'une mise en commun d'apports, un partenariat (1) à partir duquel l'un des cocontractant exerce en général une forme de domination (2), d'où la difficulté à définir la nature juridique de ce contrat (3).

(1) *La franchise : un partenariat personnalisé*

Deux composantes originales sont attachées aux contrats de franchise qui font tout à la fois son originalité et sa ressemblance par rapport au contrat de travail. Le contrat de franchise est à la fois conclu en fonction de la personne (a) et en fonction du groupe (b).

(a) *L'intuitus personae*

Dans le cadre du contrat de franchise, le choix du cocontractant constitue l'un des ingrédients importants du contrat. Et, à cet égard, il n'existe pas de réelle distinction entre les deux contrats, le contrat de travail et le contrat de franchise. L'*intuitus personae* est particulier à la nature du contrat, en l'occurrence au contrat de franchise. Le franchiseur veut répéter une recette de distribution gagnante. Il a donc intérêt à confier le libellé et la

¹⁹ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 87.

gestion de cette recette à des esprits souples voire « profanes plus aisément susceptibles d'être formés à la méthode et à la discipline du réseau »²⁰. Dans ce cadre, il est certain que la sélection du franchisé est cruciale. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'il subisse des tests psychologiques afin de valider son profil d'entrepreneur et des enquêtes pour s'assurer sa solvabilité.

La sélection du franchisé emporte des conséquences juridiques contraignantes qui dépassent le simple fait de se soumettre aux tests. Le contrat posera le plus souvent pour l' élu soit : « [l]'interdiction pour le franchisé de céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur sauvegarde le droit pour celui-ci de choisir librement les franchises dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau »; telle est la *ratio decidendi* dégagée dans l'affaire Pronuptia²¹ soumise à la C.J.C.E.²². La jurisprudence européenne conforte ce processus de sélection. Elle établit fermement que le franchiseur peut choisir librement les franchisés «en fonction de leur personnalité, de leur situation financière et de leur expérience en commerce de détail et sous réserve d'avoir subi avec succès un programme de formation organisé par le franchiseur»²³ pourvu que ce choix ne soit pas discriminatoire. On assiste donc à une véritable sélection lors du recrutement du franchisé; en ce sens, la technique et les moyens diffèrent peu de ceux utilisés en droit du travail et s'avèrent parfaitement légitimes.

Le rapprochement entre le contrat de travail et le contrat de franchise lors du recrutement doit cependant être nuancé. La nature des informations recherchées dans le cadre d'un lien d'emploi diffère. Seuls certains postes de travail, notamment ceux dits de confiance, requièrent une analyse aussi poussée.

²⁰ Id., p. 45.

²¹ C.J.C.E., 28 janvier 1986, [aff. C-161/84], attendu 20, disponible sur le site : <http://europa.eu.int>

²² Pierre ARHEL, Répertoire Com. Dalloz, v° Accord de distribution (Droit de la concurrence), n° 346.

²³ Id.

Un autre volet distingue le contrat de franchise. Certes les deux contrats peuvent être conclus *intuitu personae* mais le contrat de franchise serait doté de l'*intuitus firmae*, caractère dont est dépourvu le contrat de travail. Avant tout chose précisons ce que signifie l'*intuitus firmae*.

(b) L'*intuitus firmae*

Lors de la formation d'un accord de franchise, le caractère *intuitu personae* s'exerce tant à l'égard du franchiseur que du franchisé et vice et versa. Licari²⁴ caractérise cette relation de bilatérale. Le franchisé opte pour une franchise dont le concept est bien identifiable. Le franchiseur, soucieux de maintenir le succès et la bonne réputation du groupe, a à cœur de choisir un franchisé qui aura les qualités nécessaires pour reproduire le succès et créer une synergie pour le groupe. Or, c'est précisément ce rapport bilatéral qui donne naissance à l'*intuitus firmae*. Si l'on pousse plus loin le résultat de cette relation, on aboutit à l'existence d'un *intuitus firmae*.

Extraite de la thèse de Madame Contamine Raynaud²⁵ et mise en évidence dans le cadre des « réseaux distribution » de Laurence Amiel-Cosme, cette dernière définit cette théorie comme :

« (...) la considération d'un groupe de personnes et de biens ayant un but commun, ce qui comprend certes ces groupes auxquels la loi a conféré la personnalité juridique, mais aussi cette unité de production appelée

²⁴ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 45.

²⁵ M. CONTAMINE RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1974, citée par Laurence AMIEL COSME, *Les réseaux de distribution*, vol. 256, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995, 404 pages, p. 70-76.

l'entreprise (...) le groupe transcende les personnes qui le composent pour former une entité distincte qui est prise en considération par les tiers »²⁶.

L'ensemble des droits et obligations auxquels sont tenus les deux cocontractants outrepassent donc le seul caractère *intuitus personae*. Les normes d'exploitation du franchisé et les services fournis par le franchiseur s'inscrivent plus largement dans la reproduction d'une formule identitaire dont l'objectif est de « combiner le savoir-faire d'une entreprise gagnante avec les économies et les efforts d'entrepreneurs locaux pour ainsi multiplier les gains respectifs »²⁷. C'est cet attachement à une identité *intuitu firmae* qui fait écran et impose une limite aux velléités de rapprochement entre contrat de travail et contrat de franchise.

Il y a certes des rapprochements, au moment de la formation du contrat de travail, mais ils ne peuvent aboutir à une identité puisque l'*intuitus firmae* transcende les rapports entre cocontractants et s'impose comme spécificité du contrat de franchise. La combinaison des caractères *intuitu personae* et *firmae* éloigne toute perspective de rapprochement et emporte des conséquences sur l'organisation des rapports entre cocontractants. Le contrat de franchise acquiert d'ores et déjà une identité par l'association de ces deux caractéristiques. Il faut toutefois creuser les manifestations de ces caractéristiques par l'étude du rapport de force existant entre le franchisé et le franchiseur.

²⁶ *id.* p. 75 (nous ajoutons le gras).

²⁷ Jean H. GAGNON, *Qu'est-ce que le franchisage?*, Montréal, 2002, 11 pages, disponible sur le site : <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iifranchise-quest.htm>

*(2) La franchise : un
partenariat sous contrôle*

Le contrat de franchise reste dominé par l'enchevêtrement de différents intérêts parfois communs et divergents des cocontractants. La variété des rapports de force est manifeste tant à la lecture des faits que du droit : « [i]l suffit de lire une seule fois une convention de franchise pour comprendre que le franchiseur se trouve en cours d'exécution du contrat, dans une situation tout à fait privilégiée vis-à-vis de son franchisé »²⁸. Ce n'est pas un hasard si une grande majorité de la doctrine française se rallie à l'idée de consacrer la franchise comme un contrat de dépendance. De l'autre côté de l'Atlantique, et bien qu'à ce jour il n'y ait eu ni réception ni écho de la théorie de la dépendance, la doctrine déplore néanmoins les situations auxquelles « doivent faire face les franchisés lésés et pour (lesquelles) ni la loi ni la jurisprudence ne semblent en mesure d'apporter de réponse satisfaisante. »²⁹.

Dans les faits, la doctrine relève en Allemagne deux types de franchises³⁰ dont seulement un justifie l'édification d'un cadre protecteur; il y a celles de type « centralisée et autocratique »³¹ et celles plus récentes qui œuvrent de façon plus démocratique, selon une structure aplatie et qui comportent une dimension participative. Respectivement dénommées « franchise subordonnante » et « franchise partenariale », seule la première devrait être légitimement dotée d'un régime destiné à faire contrepoids aux inégalités.

²⁸ Jean H. GAGNON, « L'obligation de bonne foi dans le contrat de franchise, de concession, de bannière ou de groupement » *Congrès du Barreau du Québec*, Québec, 2000, p. 107-152, p. 114, disponible sur le site : <http://www.barreau.qc.ca/congres/2000/pdf/05-gagnon.pdf>

²⁹ *Id.* p. 149.

³⁰ M. MARTINEK, cité par F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 87 et suiv.

Les clefs pour les identifier en pratique ne sont pas livrées. Autrement dit, seule une analyse factuelle et juridique permet d'évaluer le degré de dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur. Or, nous sommes dépourvus de tels outils.

Certes, il a pu être observé que selon le secteur, franchise de services ou de produits, une différence significative de rapports entre les parties au contrat pouvait se dessiner. L'analyse des rapports reste cependant incontournable. Le franchisé possède tous les attributs d'un entrepreneur, la prise de risques, le pouvoir de décision et la volonté de participer « au fonctionnement efficace de leur entreprise »³². Pourtant, une dissymétrie relationnelle et décisionnelle s'affiche dès l'inauguration de la relation contractuelle et n'a de cesse d'évoluer et de régir non seulement son exécution mais également sa terminaison.

À l'étape de la rédaction du contrat, le franchisé ne participe pas à son élaboration, le franchiseur fixe seul les conditions d'exercice et de terminaison du contrat, ce qui fait le plus souvent du contrat de franchise un contrat d'adhésion. Plus loin, nous reviendrons sur cet aspect. À noter que sur ce point on ne s'éloigne guère de ce que l'on a coutume d'observer pour le contrat de travail.

Ce « patronage » déborde de la période de démarrage. Il se poursuit tout au long de la vie contractuelle, et ce, jusqu'à sa terminaison. La difficulté tient précisément à l'objet et à la cause du contrat de franchise. Ce contrat comporte en soi des ambiguïtés. Le mode d'exploitation de la franchise est basé sur « la commercialisation de produits ou de services, fondée sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement indépendantes »³³. Ce **lien de collaboration** est à la fois nécessaire pour la transmission du savoir-faire du franchiseur et pour le maintien de la pérennité et de

³¹ *Id.*, p. 87.

³² Précisait alors le Règlement (CE) n° 4087/88, art. 8. Ce règlement communautaire a été remplacé en 1999 mais n'a pas repris de telles précisions : Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.), ci-après cité « Règlement (CE) n° 2790/1999 ».

l'homogénéité, mais il est également source d'ambiguïtés puisqu'il place le franchisé dans un état de dépendance. La liberté d'action de l'entrepreneur franchisé est donc contrainte à plusieurs endroits, en ce qui a trait au lieu d'établissement et à son aménagement, et à la conduite des affaires. L'ensemble de ces éléments plaident en faveur d'une dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur.

(a) Un emplacement sous haute surveillance

L'emplacement géographique constitue un élément stratégique pour l'existence et la viabilité de l'entreprise et les grandes chaînes de franchise le savent. C'est la raison pour laquelle **le lieu d'implantation** de la future franchise peut faire l'objet d'une prospection, d'une approbation, d'un agrément par le franchiseur. Il fixe des critères tels que la superficie du local, son emplacement géographique. L'Observatoire de la franchise³⁴ au Québec précise qu'en pratique « la grande majorité des réseaux imposent un emplacement numéro 1 et une surface minimum ». Au stade de l'implantation, la clause territoriale jouera un rôle qui sera ravivé lors d'un éventuel transfert géographique du magasin. Dans ce cadre, le droit de regard du franchiseur sera de nouveau activé³⁵. Dans certains cas, le franchisé sera propriétaire des locaux ou pas. Dans ce dernier cas, le franchiseur déjà propriétaire, optera alors pour une location gérance ou l'attribution d'un fonds de commerce au futur franchisé; il signera alors un contrat ou un bail avec le franchisé lequel sera rattaché à la convention de franchise. De plus J. H Gagnon³⁶ rapporte que dans le cas d'un bail signé avec le franchiseur lui-même, la convention de franchisage comprend une

³³ K. TORBEY, *op. cit.*, note 3, p. 15.

³⁴ J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, *op. cit.*, note 1.

³⁵ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 294.

³⁶ J. H. GAGNON, *op. cit.*, note 14, p. 171, mais surtout p. 302 à 310.

« clause des défauts croisés » qui a pour objectif de lier les conséquences attachées à l'inexécution d'une obligation contractuelle d'une convention à l'autre. Cette interdépendance n'est pas, il faut en convenir, à l'avantage du franchisé.

Récemment, on a observé au Québec un assouplissement de ces clauses territoriales. Certaines accordent une latitude supplémentaire au franchiseur. Au lieu de fixer un territoire délimité une fois pour toutes, le contrat prévoit un territoire dit « de principe » qui, au gré de l'expansion du franchiseur, pourra être révisé. Le franchiseur se ménage alors une double flexibilité. Ainsi, il pourra à sa guise redessiner les territoires en fonction de l'évolution de la demande du marché et assurer une plus juste couverture du territoire³⁷. Mais en général, la doctrine en France relève que ce type de clause est accompagné d'un droit de préemption au profit du franchisé³⁸. D'où l'importance d'être vigilant au moment de la formation du contrat.

En France, cette question est abordée lorsque des licences de marques ou d'enseignes sont concédées au franchisé. Dans ce cadre, le franchiseur peut accorder une licence exclusive, avec un territoire protégé. Son non-respect par le franchiseur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle pour le défaut de n'avoir pas « assurer « **l'usage paisible** » »³⁹ de la chose au franchisé.

Outre le contrôle exercé sur le lieu d'implantation, l'aménagement des locaux fait l'objet d'un suivi rigoureux. Le droit de regard du franchiseur s'immisce également dans l'aménagement des locaux extérieurs et intérieurs, et ce, bien qu'il ne soit pas débiteur des investissements nécessaires. Le franchisé assume pourtant seul le coût attaché à la mise en conformité du concept, concept qui sera éventuellement amené à être modifié en cours

³⁷ Voir sur ce point J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, *op. cit.*, note 1, p. 39.

³⁸ Philippe Le TOURNEAU, *Le contrat de franchisage*, Paris, Éditions Juris-Classeur Litec, 2003, 309 p., p. 194, § 528.

³⁹ *Id.*, p. 194, § 526 (Nous ajoutons le gras).

d'exécution du contrat et pour lequel le franchiseur se ménage le pouvoir de l'imposer au franchisé⁴⁰. Cet agencement touche à la fois les locaux, la vitrine, nous l'avons dit, mais aussi la conception et l'« accessoirisation » de la campagne de publicité. Parfois, ce coût peut être très élevé comme le rapporte l'Observatoire⁴¹; il l'est d'autant plus que cet effort d'investissement sera en partie ruiné en cas de résiliation du contrat.

J. H. Gagnon rapporte à cet effet qu'il n'est pas rare de découvrir dans les conventions entre franchisé et franchiseur, la liberté pour ce dernier de reprendre à son compte le bail, d'exercer un droit de préemption du fond de commerce ou mieux, s'il est déjà propriétaire des lieux, de résilier automatiquement le bail en cas de rupture du contrat ou de le substituer au profit d'un tiers qu'il aura choisi. Le cas échéant, « le franchisé se voit littéralement exproprié de son entreprise sans qu'il lui soit possible de bénéficier de la

⁴⁰ Voir ci-dessous la reproduction d'une telle clause : « 2.5 De plus, à l'intérieur d'un délai d'au plus trois (3) mois à compter de la date de signature des présentes, le Marchand convient et s'engage à construire, aménager, équiper, meubler son Magasin et à y installer toutes les améliorations locatives, les équipements, les étalages, les éléments décoratifs, le mobilier et les accessoires requis par Stéréo Plus selon les normes d'aménagement, de décoration, d'étalage et de mise à la vue du public des marchandises prescrites par Stéréo Plus. Le Marchand devra, en tout temps, maintenir son Établissement, (...) et son apparence intérieure et extérieure de façon strictement conforme aux normes de Stéréo Plus et ne pourra y faire quelque modification ni changement sans l'approbation préalable et écrite de Stéréo Plus. (...) 7- Le Marchand reconnaît que le Magasin qu'il exploitera fera partie constituante d'un groupe de magasins de même genre, exploités sous des conventions similaires à la présente convention, mais pas nécessairement identiques, se servant du concept Stéréo Plus; pour assurer une uniformité substantielle dans ce groupe, le Marchand convient de se conformer à toutes et à chacune des demandes raisonnables de Stéréo Plus relatives aux politiques de base concernant l'administration du Magasin par le Marchand, lesquels politiques, règles et règlements devront inclure mais ne seront pas limités à la publicité, aux façons d'exploiter, aux achats, aux services, aux produits et marchandises et aux procédés de promotions et ventes. » (...) 11.1 (...). Reconnaisant la nécessité (...) de pouvoir s'adapter aux besoins et à l'évolution du marché (...), le Marchand convient de plus d'être lié par les modifications, amendements, révisions et ajouts que Stéréo Plus pourra apporter à l'un ou plusieurs ou à tous lesdits guides, règlements, règles, politiques, directives et/ou instructions(...) », (nous soulignons), dans Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., Cour supérieure du Québec, n° 500-05-073659-029, 21 oct. 2003, j. Roy.

valeur de l'investissement qu'il y a fait autant en argent qu'en temps, en énergie et en efforts tout au long de la durée du contrat »⁴². Cette crainte, à notre avis, de voir se volatiliser l'ensemble de son investissement dépasse la simple prise de risque. Elle a une incidence directe sur la destinée de l'individu. Le caractère alimentaire de la rupture des relations avec le franchiseur prend ici toute sa signification « (...) par une convention de franchise, le franchisé devient, en quelque sorte, le « locataire » de son entreprise plutôt que d'en être le propriétaire »⁴³. Néanmoins, certains recours seront offerts aux franchisés injustement « expropriés ». La jurisprudence française sur ce point est allée plus loin qu'une simple compensation. Dans l'affaire Trévisan, elle a ⁴⁴ récemment reconnu au franchisé **une clientèle propre** « dite locale » ⁴⁵ et par conséquent le droit au renouvellement du bail commercial à certaines conditions⁴⁶. Cette solution jurisprudentielle reconnaît implicitement le travail accompli par le franchisé **indépendamment de l'apport du franchiseur**, elle parvient à dissocier son travail et à en préserver le fruit. Plus fondamentalement cette solution reconnaît tout à la fois, l'indépendance du franchisé, son pouvoir d'action, nonobstant son état de dépendance et surtout accorde la garantie au franchisé de maintenir une certaine maîtrise juridique sur sa destinée malgré l'assistance et le pouvoir de coordination dévolu au franchiseur. Mais comme on le verra plus tard, cette maîtrise est le plus souvent théorique.

⁴¹ J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, *op. cit.*, note 1, p. 40.

⁴² J. H. GAGNON, *loc. cit.*, note 27, p. 117.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Cass. civ. 3^e 27 mars 2002, n° du pourvoi 00-20732 (Affaire Trévisan).

⁴⁵ C'est-à-dire une clientèle autonome à celle du franchiseur, une clientèle qui a été acquise autrement que par l'attrait de la marque du franchiseur.

⁴⁶ Pour étude critique et détaillée de cette affaire voir : P. Le TOURNEAU, *op. cit.*, note 38, p. 144-147, §-404 à 408.

Il reste que cette solution, pour bénéfique et équitable qu'elle soit, laisse en suspens certaines interrogations sur l'indépendance pourtant fixée a priori⁴⁷ du franchisé à l'égard du franchiseur. Ainsi en est-il lorsque le franchiseur détient des parts dans la société constituée par le franchisé ou encore lorsque se développe le phénomène des « franchises principales »⁴⁸ et qu'au surplus des clauses de non-concurrence sont couramment insérées au contrat de franchise. Dès lors quelle est la part d'autonomie de ces entrepreneurs?

Sur ce dernier point, il convient de modérer de telles incidences dramatiques à tout le moins en droit français. Autant, il y a quelques années, l'interprétation libérale des clauses de non-concurrence en faveur du créancier pouvait alimenter cette perspective, autant, aujourd'hui, les positions ont radicalement changé. La Cour de cassation a en effet étendu le contrôle propre au droit du travail aux clauses de non-concurrence inscrites aux contrats civils et commerciaux⁴⁹. Dès lors est exigé un contrôle plus strict de l'intérêt légitime du franchiseur

⁴⁷ Le droit communautaire (art. 4 c) prévoyait au Règlement (CE) n° 4087/88, l'obligation pour le franchisé d'indiquer sa qualité de commerçant indépendant à défaut de quoi l'exemption (d'atteinte à la concurrence) serait levée. Le règlement de 1999 ne comporte pas cette exigence puisque la portée du texte n'est pas spécifique au franchisage. Par contre, la réglementation française avait repris cette exigence communautaire et reste donc à ce jour applicable. Voir, K. TORBEY, op. cit., note 3, p. 24.

⁴⁸ On appelle franchise principale, le phénomène par lequel le franchiseur souhaite étendre son réseau à une zone géographique plus grande, un nouveau pays par exemple. Mais, pour maîtriser ce nouveau déploiement, il met en place un relais « (...) auquel sera confié la responsabilité de la gestion du réseau (...) » D. FERRIER, op. cit., note 2, p. 300 « (...) concepteur et promoteur responsable de la franchise, le franchiseur reste seul à décider, en dernier ressort, des changements à opérer; il peut être tenu envers les franchisés des échecs résultant de la carence du franchisé principal dans l'adaptation du système franchisé au nouveau marché; puisque les franchisés peuvent lui reprocher de ne pas avoir convenablement exécuté son obligation de contrôler l'adaptation opérée par le franchisé principal contre lequel il pourra par la suite se retourner. », id., p. 302.

⁴⁹ Yves Serra explique que l'infiltration du droit civil sur le droit de la concurrence s'est traduit par un contrôle de la Haute Cour sur « l'existence d'un intérêt légitime du créancier de non concurrence » dans le cadre du contrat de franchise. La Cour de cassation ne pourra pas être tenue par une clause restrictive à moins que cette clause ait vocation à protéger les intérêts légitimes du franchiseur », dans Yves SERRA, « Les fondements et le régime de l'obligation de non concurrence » (1998) 51 (1) RTD.Com. 15; Muriel FABRE-

qui revendique l'exécution d'une telle clause. Seront ainsi vérifiés sa nécessité puis son intérêt légitime à travers les limites introduites quant à l'activité exercée, à l'espace et au temps. Sur ce point, la jurisprudence québécoise ne semble pas faire exception à ces principes⁵⁰. Ce test contractuel permet de prendre en considération les intérêts des parties et de limiter raisonnablement l'activité du nouveau franchisé aux activités exercées par le franchiseur. Par contre, les solutions dégagées par la jurisprudence française se distinguent nettement de celles du Québec dans la mesure où depuis un récent arrêt⁵¹ de la Cour de cassation, les juges exigent à peine de nullité⁵² une compensation financière au respect de ladite clause ce qui, à toutes fins pratiques limite son usage et préserve la liberté du débiteur de la clause.

Au-delà des éléments matériels comme le lieu d'implantation et l'aménagement de locaux, il y a l'acquisition et la gestion du concept du franchiseur à proprement parler. En effet, le franchisé, et c'est le propre de ce contrat, doit suivre une recette, mais comment? Et avec qui? Jusqu'où va cette assistance? Existe-t-il une frontière entre ce qui relève de l'assistance « saine » qui est nécessaire à la vocation du contrat de franchise et celle qui outrepassse cette mission d'assistance? Comment discerner la frontière entre ce qui relève de **la collaboration et de la subordination**? C'est la question que l'on peut se poser à l'examen des relations qui ont cours dans ce type de relation contractuelle. Le franchisé est accompagné, guidé, formé par le franchiseur.

MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », (2002) 1095 suppl. Semaine sociale Lamy 33-34 (en particulier); voir sur cette question un numéro spécial consacré à cette question dans, sur les développements récents en la matière le supplément, dans Jean-Yves KERBOURC'H, « Clauses de non-concurrence », (2004) 1169 suppl. Semaine sociale Lamy 79.

⁵⁰ Paul-André MATHIEU, « Les clauses de non-concurrence dans les contrats de franchise : ou qui trop embrasse mal étreint », non publié, 17 pages, 1^{er} février 1999, disponible sur le site suivant : <http://www.robic.ca> ; Claudia DAO, « Les clauses de non-responsabilité en matière de franchisage- Travail commandé » (2000) 9 R.J.E.U.L. 201, texte intégral 60 pages.

⁵¹ Cass. soc. 10 juil. 2002, n° de pourvoi 99-43336.

⁵² Cass. soc. 28 janv. 2004, n° de pourvoi 01-46368.

(b) Un savoir-faire à transmettre : une assistance de tous les instants

Cette mise au diapason existe tout d'abord dans la **formation** délivrée et orchestrée par le franchiseur lequel peut offrir une « **formation** théorique et pratique permettant au franchisé (...) de pouvoir bien comprendre et assimiler la formule du franchiseur »⁵³. Cette formation peut s'étendre au personnel que le franchisé embauche et s'échelonner tout au long de la vie du contrat de franchise puisque la « formule du franchiseur » ou le « savoir-faire »⁵⁴ est appelé à évoluer.

Ce lien de collaboration s'inscrit dans une démarche de création d'entreprise et le **savoir-faire** repose non pas entre les mains de l'entrepreneur mais d'un concepteur, le franchiseur. La transmission de ce savoir-faire est sans aucun doute le point central de ce contrat; il accorde la légitimité nécessaire à la collaboration continue entre le franchisé et le franchiseur. Il ne se résume pas seulement au transfert d'un secret mais en l'octroi d'une assistance continue, à la fois matérielle et conceptuelle, qui consiste à reproduire une réussite commerciale. Le savoir-faire est l'élément central du contrat de franchise; il est l'objet du contrat. Mais que signifie le concept de savoir-faire? Vaste question à laquelle la jurisprudence concède une définition libérale?

La jurisprudence, **en droit français**, est venue en effet préciser cette notion. Peu importe le véhicule, la nature et l'ampleur de l'information délivrée, pourvu que les informations soient relatives à un signe distinctif notoire. Ce peut être une information de nature « *technique, commercial, promotionnel, publicitaire, administratif, financier (...)* une présentation générale des produits, (...) une simple sélection des produits (...) peut concerner une partie seulement de l'activité de distribution»⁵⁵. Ce caractère distinctif du

⁵³ Jean H. GAGNON, *op. cit.*, note 27, p. 6.

⁵⁴ Vocabulaire retenu en Europe.

⁵⁵ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 286 (l'italique figure dans le texte de l'auteur).

contrat de franchise a été défini en **droit communautaire** et là encore une interprétation souple⁵⁶ lui est donnée. Il doit être secret, substantiel et identifié.

Face aux interprétations libérales de l'objet du contrat de franchise tant en droit français qu'en droit communautaire, on peut raisonnablement affirmer que cette orientation laisse de grandes opportunités de déploiement, en particulier, dans le secteur des services. Ce point est d'autant plus vrai que les modes de financement pratiqués rendent la franchise abordable. Son potentiel de développement ainsi décuplé en raison de sa définition large et de ses opportunités de financement ouvre une large porte aux exactions possibles.

Le savoir-faire du franchiseur, objet du contrat de franchise, n'a de sens que dans sa cause, à savoir reproduire une recette commerciale à succès, génératrice de profits. Ce processus de réitération requiert de la part du franchiseur une série d'obligations dont celles de transmettre et d'assister le franchisé dans l'appropriation du savoir-faire mais plus globalement dans le processus de réitération.

C'est précisément à ce stade où se pose la délicate question de **l'indépendance juridique** des parties à la relation. Entre assistance et contrôle, le chemin qui mène de l'un à l'autre est mince. **L'assistance délivrée par le franchiseur** se déroule entre deux entreprises juridiquement et financièrement indépendantes. Pour éclairer ce point, quelques aspects de la transmission de savoir-faire seront analysés. **Le franchiseur doit** non seulement fournir les éléments nécessaires à la réussite mais aussi contrôler l'application d'une recette appelée à évoluer. Auprès de qui? Et à quel moment?

⁵⁶ « art.1 f) les "savoir-faire" signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'**expérience du fournisseur** et **testées** par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité; » Règlement (CE) n° 2790/1999 (nous ajoutons le gras).

La mise en place et le suivi de la recette qui se matérialisent par les « services continus » dus au franchisé sont une juste contrepartie au versement d'une portion du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé au franchiseur sous forme de redevances. Les bénéficiaires de ses services s'étendent souvent au-delà de la seule personne du franchisé. C'est le personnel qui doit lui aussi maîtriser le concept.

Mais au-delà des bénéficiaires de tels services, se pose aussi l'autre aspect de la question, l'étendue dans le temps de ces services. Une des particularités du contrat de franchise tient entre autres à ce volet. Contrairement à la transmission de savoir-faire qui normalement s'inscrit dans un espace temporel défini, dans le cadre de la franchise, il fait l'objet d'un constant renouvellement. Par conséquent, cette transmission ne prend fin qu'au terme du contrat. Le franchiseur a l'obligation de veiller au respect de l'intégrité de son concept non seulement pour lui, mais aussi dans l'intérêt des autres franchisés du réseau lesquels pourraient pâtir d'une dérive du concept. Ce devoir d'assistance n'a de sens qu'avec son corollaire : le contrôle puisqu'il faut assurer l'intégrité du concept.

Sur ce point, l'état de la jurisprudence indique la portée de ce contrôle :

« [le] franchiseur doit intervenir quand le franchisé rencontre des difficultés dans son exploitation, afin de modifier les éléments de la franchise qui apparaissent inadaptés (...) voire pour sanctionner la carence du franchisé »⁵⁷.

Et plus loin, Didier Ferrier précise que cette obligation se lie avec **un devoir d'assistance**. Mais ce devoir n'a de sens que dans la mesure où les difficultés du franchisé ne sont pas les résultats de la turpitude du franchiseur. Par exemple, accorder **l'exclusivité** de fourniture sur un territoire donné au franchisé ou relativement sur un produit constitue une obligation essentielle pour le franchiseur. La Cour de cassation⁵⁸ l'a d'ailleurs jugé comme telle puisqu'elle est un engagement de la part du franchiseur à garantir son investissement⁵⁹.

⁵⁷ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 291.

⁵⁸ Cass. com. 9 mars 1993, (1995) *D. somm.* 78.

⁵⁹ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 290.

Ainsi, l'assistance est continue et la doctrine québécoise ne manque pas de le rappeler « (...) le franchiseur est (...) appelé à contrôler, coordonner, développer, améliorer et surtout souligner sa formule, son système, son réseau (...) [au point où] le franchiseur appara[ît] omniprésent au franchisé »⁶⁰.

La particularité du lien entretenu a alerté la Commission européenne non pas en regard de la protection des franchisés mais en regard des principes du droit de la concurrence. La question qui s'est posée était de savoir dans quelle mesure le contrat de franchise constituait une entente au sens de l'article 81 du Traité de la Communauté Européenne susceptible d'exemption. Le principe fut posé par la Cour de justice⁶¹ qui accorda une exemption dans la mesure où ces accords n'affectent pas sensiblement le commerce entre États membres.

C'est dans ce cadre incident et au cœur d'une préoccupation somme toute commerciale que le régime du contrat de franchise a été appelé à être précisé quelques années plus tard dans le cadre d'un règlement communautaire⁶². Il a précisé les modalités de fonctionnement des accords de franchise, la définition des termes, les obligations respectives des parties. La doctrine a alors pu dire qu'il contenait « le régime général de la franchise »⁶³. L'objectif de ce règlement était d'assurer l'harmonisation dans le traitement des accords de franchise en rapport avec l'article 85 paragraphe 3 du Traité.

« [le règlement] n'établit pas de prescriptions contraignantes affectant directement la validité et le contenu de clauses contractuelles ou obligeant les parties contractantes à y adapter le contenu de leur contrat, mais se limite à établir des conditions qui, si elles sont

⁶⁰ J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, *op. cit.*, note 1, p. 41.

⁶¹ C.J.C.E., 9 juillet 1969, aff. 5/69, affaire Völk.

⁶² Le règlement communautaire est une norme dite « d'applicabilité directe » elle confère un droit dont les particuliers peuvent directement se prévaloir en justice contre un État membre ou entre particuliers. Voir Pierre RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 91.

⁶³ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 289.

remplies, font échapper certaines clauses contractuelles à l'interdiction et par conséquent à la nullité de plein droit prévue par l'article 85 paragraphe 1 et 2 du traité CE. »⁶⁴

Désormais remplacé par le règlement n° 2790/99⁶⁵ de portée beaucoup plus générale⁶⁶ et moins juridique⁶⁷, il est décrit aujourd'hui comme un texte qui précise le régime du champ d'application de l'article 81§1 du Traité de la communauté européenne. C'est en somme une « police des marchés »⁶⁸ qui a pour support juridique un règlement d'exemption dont la portée avait été rappelée par la jurisprudence :

En conséquence de ce qui précède, on ne peut raisonnablement soutenir qu'aujourd'hui les accords de franchise bénéficient par le biais du règlement européen d'un cadre juridique, tant la portée que la force juridique du texte s'opposent à eux seuls à une telle analyse. Vu sous cet angle, il constitue néanmoins un point d'observation et de référence intéressant pour examiner avec précision la nature des relations entre franchisé et franchiseur et le régime généralement applicable en la matière mais tiré de l'ancien règlement plus exhaustif. Bien qu'il ne soit plus en vigueur, référence y sera faite pour illustrer certaines facettes du contrat de franchise.

On pouvait observer des normes d'exécution et des obligations fixées à l'endroit du franchisé. Par exemple, le texte précisait que le franchisé se doit de « commercialiser les produits ou prester les services faisant l'objet de la franchise **au mieux de ses possibilités**;

⁶⁴ VAG France SA c. Établissements Magne SA, Cour civile (3^e ch.) du 18 décembre 1986, demande de décision préjudicielle: Tribunal de grande instance de Paris - France. Affaire 10/86 Recueil de jurisprudence 1986 p. 04071 (extrait du dispositif de la décision) disponible sur le site : <http://europa.eu.int>.

⁶⁵ Règlement (CE) n° 2790/1999.

⁶⁶ Le contrat de franchise ne bénéficie plus d'un encadrement spécifique, voir à ce propos la critique de P. Le TOURNEAU, *op. cit.*, note 38, p. 178-179, §-481-482.

⁶⁷ *Id.*, p. 179-182, §-484 à 488.

⁶⁸ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 168.

offrir à la vente un assortiment minimal de produits et réaliser **un chiffre d'affaires minimal.**»⁶⁹. Cette disposition réglementaire attire l'attention en deux points au moins. D'une part, il y est mentionné que la commercialisation doit se faire « au mieux de ses possibilités » cette exigence se rapproche sensiblement de l'obligation de diligence⁷⁰, obligation de moyen spécifique au contrat de travail. D'autre part, des normes d'exploitation sont fixées, par exemple, l'obtention d'un chiffre d'affaires minimal, norme qui se rapproche encore une fois sensiblement de celle d'un rendement escompté. **Plus loin, il est indiqué que les campagnes publicitaires** sont subordonnées à l'assentiment du franchiseur si ce n'est parfois leur conceptualisation, pour l'ensemble du réseau⁷¹. Le franchisé contribuera selon un pourcentage du chiffre d'affaires ou en vertu d'une redevance spéciale⁷² à un fonds de publicité « géré uniquement et exclusivement par le franchiseur »⁷³. De cette façon, le franchiseur qui a une vision des intérêts du réseau déploiera les outils publicitaires en conséquence.

Cette intervention, même si on imagine assez facilement sa raison d'être, dans le cadre d'un accord de réitération où la cohérence de l'image et « l'uniformité substantielle du groupe »⁷⁴ sont importantes, n'en emporte pas moins des conséquences considérables sur l'autonomie du franchisé. D'ailleurs au Québec, dans l'affaire Provigo distribution⁷⁵, il est indiqué que le jeu de la concurrence se trouve en ces circonstances nettement entre les mains du franchiseur (ici désignée l'appelante) :

⁶⁹ Art. 3 1) f) Règlement (CE) n° 4087/88, art. 8 (nous ajoutons le gras).

⁷⁰ Art. 2088 du C.c.Q., « le salarié outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence. ».

⁷¹ Art. 3 1) g) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁷² P. Le TOURNEAU, op. cit., note 38, p. 260, §-718.

⁷³ J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, op. cit., note 1, p. 42.

⁷⁴ Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40, § 16.

⁷⁵ Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc. et Supermarché Frontenac inc., C.A.

Québec, n° 500-09-000298-950, 28 nov. 1997, juges Gendreau; Beaudouin, Fish, publié [1998] R.J.Q. 47.

« En fait, la bataille que peut livrer le Groupe Gagnon tant à Héritage qu'à ses centres concurrents est nettement dépendante de l'appelante, puisque c'est cette dernière qui est seule maîtresse à la fois de la publicité et des prix d'approvisionnement »⁷⁶.

Outre l'exigence de suivre une « recette », le franchisé est également soumis à une obligation de non-divulgence⁷⁷. Or, lorsque, dans ce cadre, le franchisé est appelé à expérimenter, à améliorer le concept auprès des consommateurs, peut-il librement utiliser le fruit de cette « expérience »? Il le peut dans la mesure où, selon l'ancien règlement il devait communiquer et accorder au franchiseur et aux autres franchisés « une licence non exclusive »⁷⁸. Par conséquent, le franchisé ne peut exploiter librement le fruit de son activité entrepreneuriale dès lors que cette expérience est née dans le cadre d'un accord de franchise; elle est en quelque sorte mise à disposition du franchiseur comme le sont, sauf dispositions contraires, les inventions réalisées par les employés dans le cadre du lien d'emploi.

Au total, la divulgation **du savoir-faire, objet du contrat de franchise**⁷⁹, rend légitime une série d'incursions ou de droits en faveur du franchiseur qui naîtront au moment de la signature de l'accord et perdureront le plus souvent après sa cessation pendant une durée raisonnable⁸⁰. L'assistance technique dont est débiteur le franchiseur constitue une obligation de résultat⁸¹ « quant à la communication matérielle (...) mais de moyens quant à sa compréhension par le franchisé et son efficacité ou rentabilité »⁸². Cette assistance bien

⁷⁶ *Id.* p. 10 (nous soulignons).

⁷⁷ Art. 3 2) a) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁷⁸ Art. 3 2) b) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁷⁹ L'absence de savoir-faire commercial du franchiseur rend nul le contrat encore faut-il que le franchisé ait eu le temps d'éprouver cette lacune sans toutefois la tolérer. Cass. com., 10 mai 1994, Lettre de la distribution, juillet 1994 et CA de Paris, 5^e ch. B, 27 mai 1993 Mazet c. Sté Star International, (1995) D. somm. 78.

⁸⁰ Art. 3 2) d) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁸¹ CA de Paris, 25 Février 1992, (1992) D. somm. 391.

⁸² P. Le TOURNEAU, op. cit., note 38, p. 223, §-601.

que désirée peut pour le franchisé constituer une entrave partielle à l'exercice de activité entrepreneuriale. Cette entrave s'affirme réellement lorsque le contrat contient une clause de non-concurrence⁸³.

Par ailleurs, **l'exigence de formation** fréquemment requise par le franchiseur dans la maîtrise du concept dont le franchisé s'est porté acquéreur s'applique tout à la fois à lui et à son personnel⁸⁴. Les méthodes commerciales doivent être appliquées⁸⁵ et les normes respectées⁸⁶ dans ce cadre au regard des obligations qui pèsent sur le franchisé, le franchiseur peut effectuer des contrôles qui s'étendent au-delà des locaux, aux véhicules, à l'état des stocks et même aux états financiers⁸⁷.

Enfin, au moment de la **rupture de l'accord**, le franchisé est souvent tenu à l'obligation de ne pas céder ses droits et ses obligations sans l'aval du franchiseur. Il n'y a pas d'équivalent dans le contrat de travail de telles dispositions. Il s'agit là d'une caractéristique du contrat de franchise partagée entre la **liberté d'un entrepreneur et son besoin de sécurité**.

Le texte communautaire et la jurisprudence présentent une série de pratiques et d'obligations qui ont cours dans ce secteur de la distribution. Ce profil démontre, à certains égards, **l'ambivalence du contrat partagée entre l'indépendance et le contrôle de conformité** qui apparaît pratiquement inéluctable, étant donné la mission fixée d'un tel contrat. C'est en somme un entrepreneur qui œuvre avec un filet de sécurité, affranchi partiellement des aléas du marché, sans toutefois avoir l'assurance de la réussite. La formule de la franchise contribue à réduire la somme des risques associés au démarrage d'une entreprise. Ceci étant, ce filet de sécurité a pour contrepartie le dépouillement partiel

⁸³ Cass. com. 14 novembre 1995, voir commentaires de Y. SERRA, *loc. cit.*, note 49, 15.

⁸⁴ Art. 3 2) e) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁸⁵ Art. 3 2) f) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁸⁶ Art. 3 2) g) Règlement (CE) n° 4087/88.

⁸⁷ Art. 3 2) h) Règlement (CE) n° 4087/88.

de sa liberté entrepreneuriale qui tente de trouver une légitimité sous couvert du maintien de l'offre uniforme⁸⁸.

Les auteurs caractérisent souvent cette **dépendance d'économique**, mais elle ne tire pas uniquement sa forme de dépendance de l'unique situation de faits « économique »⁸⁹. La dépendance est caractérisée tout autant par les **stipulations contractuelles** que par les faits. « (...) en raison des clauses stipulées à la convention de franchise et, aussi, à cause du fait que le franchiseur contrôle souvent certaines des ressources essentielles à l'exploitation de l'entreprise franchisée »⁹⁰.

L'articulation et la cohabitation entre le devoir d'assistance du franchiseur à l'égard du franchisé et **la prise de risques** assumée par le franchisé résument en grande partie toute l'ambivalence de cette relation.

On ne peut s'empêcher d'aller au-delà de ce constat de fait. L'accord de franchise s'établit à l'égard d'un entrepreneur dont certains risques sont contrôlés pour assurer un développement plus pérenne de l'entreprise. Or, ce pouvoir, conféré au franchiseur, peut générer des déséquilibres contractuels inacceptables en particulier dans le couple risques/responsabilités. Par exemple, il découle de cette situation une réelle distorsion entre le porteur du risque et le détenteur de la prise de décision.

Malgré ces incursions multiples qui ont été mises en valeur tout au long de ce développement dont on a démontré le caractère non superficiel, la jurisprudence française réfute toute idée d'implication responsable du franchiseur dans les actes du franchisé⁹¹.

⁸⁸ FERRIER Didier, « Franchise et pratiques restrictives de concurrence », (1987) 2 CDE 8-18, 14.

⁸⁹ BENSOUSSAN Hubert, Le droit de la franchise, Vendôme, Éditions Apogée, 1997, 315 p., p. 21.

⁹⁰ J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 116.

⁹¹ C'est là une conséquence tirée de son indépendance juridique supposée sauf en cas de faute prouvée du franchiseur ou de non respect d'une clause d'exclusivité signée au bénéfice du franchisé. CA Paris, 25^e ch., 11 juillet 1989 Soc. Sobeta c. Sté Tarte Julie (1990) D. somm. 168; voir D. FERRIER, op. cit., note 2, p. 291; P. Le TOURNEAU, op. cit., note 38, p. 194, §-524 et suiv.

Pour aboutir à un tel principe, il faut revenir sur les intérêts respectifs des parties à l'élaboration d'un contrat : « [il] permet au franchiseur de réitérer un succès commercial (...) par une structure souple, à la gestion décentralisée, en ne mobilisant qu'un capital minime. »⁹². C'est en effet le franchisé qui apporte tout le capital requis pour le démarrage et l'exploitation de son entreprise. Le candidat à la franchise est attiré par une « (...) formule d'affaires gagnante, (...) la notoriété, la force économique »⁹³ et le potentiel de synergie susceptible d'être déployé par l'ensemble des franchisés du réseau. Il investira **sueur et argent**.

Il apporte non seulement le capital requis pour fonder et exploiter l'entreprise, mais verse en outre la redevance au franchiseur qui consiste au paiement d'un droit initial et les redevances ultérieures lesquelles seront exigibles tant que la relation contractuelle perdurera. Par ailleurs, le franchisé s'engage à respecter la recette et à fournir les efforts nécessaires pour sa réussite; il y a forcément intérêt, puisqu'il assume seul les risques de l'affaire et y a investi. Cependant, le contrat de franchise fournit un cadre supplémentaire d'exigences dans la mesure où des balises sont insérées dans le contrat de façon à éviter toute dérive à la recette qui nuirait à la formule.

Le rapport à la **réussite professionnelle** est équivalent à celui du travailleur salarié et J.H. Gagnon le précise fort bien : « (...) l'acceptation par le franchisé d'une charge de travail que n'accepterait presque aucun employé. (...) l'entreprise franchisée bénéficie de l'apport constant d'une personne dont le but principal de sa vie professionnelle est le succès de cette entreprise »⁹⁴. Ironiquement la rédaction de certaines clauses contractuelles contenues au contrat de franchise et dessinées au profit du franchiseur l'indiquent implicitement :

« Attendu que le franchisé reconnaît qu'il a étudié de manière indépendante les questions traitées dans la présente convention, qu'il a obtenu les services de conseillers juridiques et financiers indépendants à cet égard, qu'il a eu

⁹² K. TORBEY, *op. cit.*, note 3, p. 15.

⁹³ Jean H. GAGNON, *op. cit.*, note 27, p. 9.

⁹⁴ *Id.*

toute opportunité de lire et a lu la présente convention et comprend parfaitement ses dispositions, et qu'il reconnaît que cette entreprise commerciale comporte des risques et que son succès dépendra largement des capacités du franchisé comme homme d'affaires indépendant »⁹⁵.

En grossissant le trait, la franchise peut, en certaines circonstances, revêtir des caractéristiques qui placent le franchisé dans une relation « subordonnante » et les propos précédents ont démontré des analogies parfois troublantes avec le salariat. Il n'en demeure pas moins un entrepreneur en raison de son identité, de sa faculté à investir et à demeurer responsable de son activité en dernier, et ce, même si le franchiseur impose sa « façon d'exploiter »⁹⁶, car il est reconnu que le franchisé accepte ces règles communes d'action⁹⁷. Cependant, dans le cas de la franchise « subordonnante », cette relation comporte une série d'ambivalences. Ce caractère équivoque pourrait se ranger sous une catégorie juridique existante. En ce sens, il faut s'interroger sur la nature juridique du contrat de franchise. S'agit-il d'un contrat d'entreprise, de service ou bien d'un mandat? Les prochaines lignes tenteront de faire la lumière sur cette question.

⁹⁵ Bricka c. Groupe CDREM inc., C.A. Québec, n° 500-09-008251-993, 23 juil. 2001 (nous soulignons).

⁹⁶ Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40, § 16.

⁹⁷ J. H. BOURRET, F. COURNOYER, J. H. GAGNON, M. F. G. SAYEG, op. cit., note 1, p. 43.

(3) Une classification
incertaine, la nature juridique
controversée du contrat de
franchise

Disons-le d'emblée, le contrat de franchise n'appartient à aucune des catégories juridiques existantes. Il s'agit d'un contrat *sui generis*⁹⁸ dont les principaux traits de caractères seront esquissés.

Il a déjà été précisé plus tôt que la franchise était conclue *intuitu personae*. Cette caractérisation emporte nombre de conséquences sur les rapports contractuels entre les deux cocontractants tant à l'étape de la formation du contrat qu'au cours de son exécution et que surtout au moment de sa rupture⁹⁹.

Il est également un contrat d'adhésion qui place « un candidat franchisé avant et au moment de la conclusion du contrat [dans une situation où] la prestation du franchiseur est dans une large mesure, discrétionnaire de la part de ce dernier et que les avantages dont le franchisé pourra bénéficier dans le cadre du contrat de franchise sont largement tributaires du professionnalisme, des ressources, de la bonne foi du franchiseur »¹⁰⁰.

En plus d'être conclu en fonction de la personne, d'être le fruit d'une adhésion plus qu'une négociation, le contrat de franchise est un contrat à exécutions successives qui, classiquement, se distingue du contrat instantané où la délivrance de la chose s'effectue en

⁹⁸ Paul-André MATHIEU La nature juridique du contrat de franchise, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 180 p., p. 44.

⁹⁹ Cf. supra.

¹⁰⁰ J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 113.

une seule fois. Dans le cadre du contrat de franchise, le franchiseur délivre son savoir-faire qui, la plupart du temps, se matérialise par la remise du manuel d'exploitation ainsi que par un accompagnement et une formation sans cesse renouvelés. La prestation s'échelonne au gré de la durée de vie du contrat. Cette durée est fixée le plus souvent pour un terme précis et, de façon plus rare, pour une durée indéterminée. Plus loin, ces éléments seront abordés avec les questions relatives aux mécanismes disponibles pour assurer une meilleure protection au franchisé.

Outre ces caractéristiques contractuelles de la franchise, est-il possible de pousser plus avant la question de la qualification? Sommairement, c'est là une question sur laquelle la doctrine s'est abondamment penchée sans pour autant recueillir l'unanimité en faveur d'une qualification appropriée unanime. Dans le cadre de cette étude, il sera fait mention des travaux réalisés à ce jour. Mais nous n'entendons pas, compte tenu de l'objet de la présente recherche, y contribuer. Toutefois, l'absence de qualification univoque associée au positionnement de fait et de droit du franchiseur rend d'autant plus vital l'importance d'une intervention législative en ce domaine.

La doctrine tant au Québec qu'en France utilise le raisonnement par analogie pour rapprocher le contrat de franchise à d'autres contrats nommés. Elle a pu ainsi établir des similitudes avec le mandat, le contrat de louage, le contrat de société ou encore le rapprocher de certains statuts spécifiques comme celui d'agent commercial¹⁰¹. Majoritairement, la doctrine française le considère comme un contrat d'entreprise en ce qui a trait à la transmission de savoir-faire et le devoir d'assistance continue. Toutefois, ce ralliement au contrat d'entreprise n'est pas naturel compte tenu de la portée du devoir d'assistance qui teinte grandement la franchise.

¹⁰¹ Annie LAJEUNESSE, « L'impact du Code civil du Québec sur le contrat de franchise » (1997) 4 *R.E.J.* 155 et suiv.; F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 94 et suiv.; P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 98, p. 27 et suiv.; J. H. GAGNON, *op. cit.*, note 14, partie IV, p. 204 et suiv.

« Il s'agit toutefois d'une forme atypique du contrat de louage d'ouvrage, puisque le pouvoir de contrôle et de direction du maître y est très aigu, alors que la forme idéale-typique du louage d'ouvrage de telles prérogatives sont absentes ou faibles »¹⁰².

Reste, après avoir brossé le portrait de la relation entre un franchiseur et un franchisé, à analyser le dispositif juridique mis en place pour assurer sa pérennité. Or, sur cette question on ne peut référer à un régime juridique faute d'une qualification spécifique. La franchise fait appel à une série de dispositions destinées à paramétrer certains pans du contrat mais jamais avec uniformité. Ainsi en est-il des règles de propriété intellectuelle qui régissent pour partie la question du savoir-faire ou encore le droit de la concurrence pour contrôler l'impact que pourrait avoir de telles ententes sur les principes de libre concurrence. Mais il faut reconnaître le déficit important des dispositions protectrices destinées au franchisé qui apparaissent pourtant légitimes compte tenu de l'analyse des faits préalablement brossée.

À plusieurs égards, l'assistance prodiguée par le franchiseur à l'endroit du franchisé témoigne du déficit d'informations¹⁰³ et de connaissances dont le franchisé dispose. Dans ce cadre, il n'est nullement étonnant que le contrat de franchise grossisse les rangs de ce que la doctrine française appelle les « contrats de dépendance »¹⁰⁴ ou les « contrats déséquilibrés »¹⁰⁵.

En dépit d'un attirail non homogène, il convient de mieux cerner son régime, tâche à laquelle il faut s'employer à présent.

¹⁰² F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 119.

¹⁰³ Malgré la tendance législative actuelle à intensifier l'obligation d'information dans plusieurs secteurs du droit, voir à ce propos : Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O n° 113, du 16 mai 2001, page 7776.

¹⁰⁴ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p., p.81-86; P. Le TOURNEAU, *op. cit.*, note 38, p. 130, §-377.

¹⁰⁵ Victoire LASBORDES, Les contrats déséquilibrés - Tome 1 et 2, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, 737 pages, p. 269 et suiv.

§-2. *Le régime juridique du contrat de franchise : un déséquilibre contrôlé?*

Déjà en 1989, avant la réforme du Code civil au Québec, Paul-André Mathieu¹⁰⁶ soulignait « qu’aucune des institutions de common law ne cadre réellement avec le caractère très particulier du concept de franchise » et plus loin ajoutait « (...) l’absence de solution (...) laisse donc le contrat de franchise à la merci des stipulations des parties, et principalement celles du franchiseur. ». La doctrine parle à l’endroit du contrat de franchise d’un véritable « vide juridique »¹⁰⁷.

La doctrine française a depuis plus de 15 ans caractérisé le contrat de franchise comme un « contrat de dépendance »¹⁰⁸, un « contrat déséquilibré »¹⁰⁹. Mais elle est allée au-delà en tentant par différents moyens d’accrocher à ce contrat des mécanismes de protection efficaces qui jusque-là faisaient si cruellement défaut aux franchisés. Dans cette veine, la thèse de Licari¹¹⁰ propose d’étendre le régime de protection des agents de commerce¹¹¹ aux

¹⁰⁶ P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 98, p. 44-45.

¹⁰⁷ *Id.* et A. LAJEUNESSE, *loc. cit.*, note 101, 148.

¹⁰⁸ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 104, p. 81-86.

¹⁰⁹ V. LASBORDES, *op. cit.*, note 105, p. 269 et suiv.

¹¹⁰ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 147 et suiv.

¹¹¹ L’agent commercial est chargé au terme de la loi de négocier de façon permanente et, éventuellement de conclure des contrats de vente, d’achat, de location, ou de prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d’industriels, de commerçants ou d’autres agents commerciaux. La particularité de ce régime est d’une part de faire l’objet de dispositions spécifiques en droit commercial français (art. L. 134-1 à L. 134-16 du C.Com) d’autre part, de bénéficier d’un statut protecteur. De façon très sommaire, sa rémunération fait l’objet d’un régime précis et supplétif, au moment de la rupture du contrat il bénéficie d’une indemnité de rupture, enfin il peut librement céder sa carte. Pour aller plus loin sur le régime des agents commerciaux voir, Philippe PÉTEL, *Juris. Class. travail*, fasc. 4-3, v° Agents commerciaux; cf. *infra*, section suivante de ce chapitre.

franchisés. Le fondement d'une telle démarche repose selon l'auteur sur la reconnaissance d'une analogie entre l'agence commerciale et la franchise. C'est le cas également de Catherine Del Cont qui propose une « régulation des conséquences dommageables inhérentes à ce mode d'organisation des rapports économiques »¹¹², rapports placés sous une dépendance économique. Sa thèse repose sur l'idée d'appliquer un mécanisme de responsabilité objective aux rapports économiques de dépendance. En conséquence, la dette de responsabilité doit être assumée par l'agent économique qui détient la maîtrise, le pouvoir, non pas en raison d'un lien contractuel, mais d'un « état de dépendance »¹¹³. Ultimement, l'auteur ne réclame pas l'éradication de cette forme d'organisation économique mais au contraire appelle de ses vœux une juste place de ces situations. Il s'agit pour l'auteur d'instituer une « règle de justice « *rectificatrice* » »¹¹⁴. Il y aurait ainsi une double fonction à de tels développements, d'une part, « l'apaisement des dommages « injustes » produits par le fonctionnement régulier de la dépendance » et, d'autre part, « la reconnaissance de l'utilité sociale de cette modalité d'organisation des rapports économiques; (...) c'est consacrer la validité et la légitimité de principes de ces rapports socio-économiques »¹¹⁵.

Bien que les propositions doctrinales reposent sur des fondements théoriques ainsi que sur une méthodologie et des avenues très différentes les unes des autres, elles partent toutes d'un même constat : l'encadrement déficient de la franchise et son besoin de protection plus juste.

Avant de postuler l'inadéquation de l'encadrement juridique actuel (1), démonstration en sera faite sommairement pour ensuite montrer dans quelle mesure ce cadre présente des analogies avec les solutions proposées par le droit du travail et, jusqu'à quel point le

¹¹² Catherine DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, éd. L'Harmattan, Condé-sur-Noireau, 1997, 399 pages, p. 28.

¹¹³ Id., p. 282.

¹¹⁴ Id., p. 282 (les italiques et les guillemets sont dans le texte).

¹¹⁵ Id. p. 282 (les italiques sont dans le texte).

rapprochement entre ces contrats comporte des limites en raison précisément de l'identité du contrat de franchise. Cette analyse sera effectuée en deux temps au moment de la formation et de l'exécution du contrat puis au terme de ce dernier (2).

(1) Un cadre juridique autonome pour la franchise ?

Si l'on observe le cadre juridique dont bénéficie la franchise en France et au Québec, de nombreux traits communs peuvent être soulignés. Dans aucun pays étudié, **il n'existe un système juridique spécifique**. Cependant, tout récemment l'Ontario a emboîté le pas de la Colombie-Britannique qui dès 1988 avait légiféré spécifiquement sur la question. Bien évidemment, ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer au Québec; en revanche, on ne peut sous-estimer le pouvoir d'influence de telles règles sur une législature dénuée de règles spécifiques ou sur l'activité prétorienne qui, au surplus, vit au contact régulier de la common law¹¹⁶.

¹¹⁶ Frank ZAÏD, «Franchise Disclosure Legislation in Ontario, Canada», (2000) vol. 2 Issue 1 I.J.F.D.L. 111-136; Edward N. LEVITT, « Ontario Franchise Act », (2000) vol. 2 Issue 1 I.J.F.D.L. 33- 36; Leonard H. POLSKY, « Franchising and Labour Law in Canada – Control Equals Risk of Liability », (2001) vol. 3 Issue 4 I.J.F.D.L. 315-322; Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), S.O. 2000, c. 3.

Figure 4 - Législation applicable à la franchise au Québec et en France

LÉGISLATION APPLICABLE À LA FRANCHISE	
Québec	France
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Code civil du Québec</u> (L.R.Q. 1991 c.64) • <u>Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyales</u> (L.R.C. 1985, c.T-13) • <u>Loi sur la concurrence</u> (L.R.C. 1985, c.C-34) • <u>Loi sur le droit d'auteur</u> (L.R.C. 1985, c.C-42) • <u>Loi sur les dessins industriels</u> (L.R.C. 1985 c. I-9) • <u>Loi sur les brevets</u> (L.R.C.1985 c.P-4) • <u>Loi sur les valeurs mobilières</u> (L.R.C. 1985, c.V-1.1) • <u>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</u> (L.R.C. 1985, c.B-3) • Législation sur le travail • Législation de nature administrative 	<p>Droit communautaire :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Règlement de la Commission européenne n 4087-88 du 30 novembre 1988, remplacé par n 2790 en date du 22 décembre 1999 • Traité de Rome, 85-1 • Code de déontologie <p>Droit national</p> <ul style="list-style-type: none"> • Code civil • Loi du 31 décembre 1989 sur l'obligation précontractuelle de renseignements • Arrêté ministériel du 21 février 1991 sur l'obligation d'information du consommateur • Code de déontologie de la Fédération française de franchises • Norme A.F.N.O.R.

L'attirail juridique sollicité par la franchise est constitué de règles éparses dans les deux systèmes. En dépit de cet éparpillement existe-il une cohérence quant aux objets respectifs de cette réglementation? On peut aisément l'affirmer; le Québec et la France réfèrent tous deux aux Codes civils, aux dispositions de non-concurrence et au droit du travail. Les

supports sont cependant plus diversifiés en France où une réglementation européenne vient régir la question, en plus de codes de déontologie qui ont été élaborés tant au niveau national qu'au niveau européen. Toutefois, sur ce point, les Codes de déontologie de la Fédération française de la franchise et de la Fédération européenne de la franchise ou encore la norme AFNOR¹¹⁷ n'ont pas réussi à combler les lacunes, et ce, malgré les intentions en ce sens des rédacteurs. Ils ne revêtent pas de force juridique obligatoire, et ce, malgré la dénomination trompeuse de « code » dont ils sont affublés. Ils sont tout au plus l'expression d'une volonté d'une partie du milieu professionnel¹¹⁸. Et ces « codes » n'ont certainement pas eu l'effet escompté. Tout au plus ce type de normes aurait pu prétendre à la qualification « d'usage professionnel » par le truchement de la réceptivité par le droit de ces normes comme source de droit d'un usage professionnel. La jurisprudence française le lui a refusé¹¹⁹.

Quant au fond, bien que les deux systèmes réfèrent à leur Code civil respectif, les solutions déployées d'un pays à l'autre comportent d'importantes différences mais aussi des points de convergence notamment quant aux sujets abordés. Il en est ainsi de l'obligation précontractuelle de renseignements, des dérogations au droit de la concurrence et de la question du contrôle des clauses contractuelles.

Globalement, la présence de ces règles importées forme, pour le contrat de franchise, un cadre non spécifique et inachevé. Et, dans ce dédale de dispositions, il n'est pas rare que certaines présentent des dispositions qui comportent des analogies avec celles existantes en

¹¹⁷ L'Association Française de Normalisation relative à la franchise (NF-Z 20 000 - 08/1987) avait initialement pour objectif d'assurer un contrat équilibré. Les pouvoirs publics ne lui ont pas cependant accordé de pouvoir contraignant. Ce texte a une valeur incitative et non obligatoire.

¹¹⁸ Voir par analogie, la question de la nature et de la force juridique des codes de conduites introduits dans le domaine du droit du travail dans, Guylaine VALLÉE « Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale. Réflexions sur la contribution du droit étatique », (2003) 58-3 *R.I.*, p. 363-391.

¹¹⁹ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 171-174.

droit du travail. Ces rapprochements seront soulignés au gré des développements suivants tout comme la spécificité de ce type de contrat.

(2) Les mécanismes de protection dans le cadre de l'information précontractuelle, de l'exécution et de l'extinction du contrat de franchise

L'intégrité du consentement du franchisé, la préservation du concept de franchiseur et enfin la question du « lien de collaboration » constituent à eux seuls des aspects générateurs de droits et d'obligations tant dans le cadre de l'obligation d'information au moment de la formation du contrat **(a)** que lors de son exécution et de sa terminaison **(b)**. La question est dès lors de savoir sous quel angle et au moyen de quel genre de dispositions ces questions sont résolues?

(a) Protection en regard de l'information

L'intégrité du consentement du franchisé revêt un double aspect, celui de l'obligation précontractuelle de renseignements **(i)** et le respect d'un certain formalisme **(ii)**, une tradition ancrée partiellement en France et quasi absente en Amérique du Nord.

- (i) Le principe de l'obligation d'information

Les Codes civils en France et au Québec disposent de deux principes d'ordre général qui sont la bonne foi et les critères de validité du consentement¹²⁰. Il existe une certaine similitude entre ces deux textes mais l'attirail français est complété par l'article 330 du Code de commerce et son décret d'application. Le texte précise :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en toute connaissance de cause. »

Bien que la loi ne prévoît pas de sanctions spécifiques au non-respect de ces dispositions, pas plus qu'elles ne sont accordées en vertu du décret d'application de ladite loi, le rattachement à la théorie des vices du consentement se fait naturellement. Ainsi, la jurisprudence accordera la nullité du contrat de franchise en présence d'un vice de consentement. Cette disposition est analysée par Torbey¹²¹ comme protectrice « des intérêts du candidat franchisé : la clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité exigée de ce dernier renforce sa situation de dépendance économique. (...) [Il s'agit de s'assurer] que celui qui va être dans un état de dépendance a donné un consentement éclairé à l'instauration de cette relation puisque c'est lui que la loi a entendu protéger. ». Complété par décret, l'article L. 330-3 du Code de commerce reconnaît la dissymétrie d'information entre les deux protagonistes à la relation de franchise. Il institue un ordre public de protection et facilite au profit du franchisé l'administration de la preuve. Mais cette disposition comporte des limites dans la mesure où, d'une part, elle reste subordonnée à la théorie des vices du consentement et, où, d'autre part, elle se limite à s'adresser aux situations d'exclusivité et

¹²⁰ Art. 1399 et suiv. du C.c.Q.

d'intérêt commun. Cependant, certains textes spécifiques fixent l'étendue de l'obligation d'information. Ils précisent la nature des renseignements requis, généraux et spécifiques puis indiquent qui doit prendre l'initiative de cette délivrance d'information et quel degré d'information est requis¹²². En tout état de cause, on précise que l'obligation de délivrance de l'information doit être comprise par le créancier de l'obligation. En effet, le décret prévoit implicitement que les clauses les plus importantes et dangereuses doivent être mises en exergue.

Certes, les limites associées à ces textes sont nombreuses mais elles ne sont pourtant pas comparables au cas du Québec qui ne dispose pas d'attirail spécifique; seule la théorie générale des obligations s'applique. L'issue d'un litige reste dans la législation québécoise plus périlleux surtout en présence de clauses de non-responsabilité. Ces clauses laissent présumer que le franchisé a pris tous les conseils nécessaires au moment de la signature du contrat. Du même coup le recours du franchisé dans ce contexte reste un vœu pieux. Avant d'arriver à ces clauses, voyons sommairement l'état du droit sur la question.

Il y a quelques années, avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, la Cour suprême avait rendu, sous la plume de l'honorable juge Gonthier, un arrêt de principe concernant l'obligation de renseignements et sa portée. Dans l'affaire Bail¹²³, les juges reconnaissent « une obligation de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'en suivre »¹²⁴. Cette obligation s'intensifie ou au contraire s'allège en regard des risques assumés et de l'expertise des parties. Malgré ces tempérences, la partie qui assume les risques se doit de se renseigner, selon la théorie générale. Ainsi la Cour retient « Trois facteurs [qui] (...) »

¹²¹ K. TORBEY, *op. cit.*, note 3, p. 46.

¹²² L'obligation d'information doit se distinguer de l'obligation de conseil et de celle de mise en garde voir à ce propos F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 238.

¹²³ Banque de Montréal c. Bail, [1992] 2 R.C.S. 554.

¹²⁴ Id., p. 15 de 24 (document électronique).

influencent la teneur de l'obligation d'information, soit la répartition des risques, l'expertise relative des parties et la formation continue du contrat »¹²⁵. En regard des spécificités du contrat de franchise, deux aspects influencent grandement la portée de cette obligation, celui du rapport de force souvent inégal entre les parties et celui de la poursuite dans le temps d'une collaboration. Par conséquent, le franchiseur peut induire le franchisé en erreur et conduire à la nullité du contrat pourvu que les fausses représentations soient déterminantes. Dans cette perspective, « (...) l'obligation de renseignement peut être considérée (...) comme résultant de la conjonction entre l'obligation de bonne foi en matière contractuelle et les règles applicables à l'erreur provoquée par le dol »¹²⁶. L'article 1401 C.c.Q. prévoit à cet effet que « le dol peut résulter du silence ou d'une réticence ».

La jurisprudence semble malheureusement peu encline à consacrer de telles dispositions. Tout récemment, il a été effectivement jugé que « l'absence de divulgation ne relève pas du dol mais du choix des appelants [franchisés] de ne pas poser la question estimant que les informations qu'ils avaient en main leur suffisaient »¹²⁷. En l'espèce, les franchisés étaient surpris du peu de rentabilité de leur établissement et l'expliquèrent bientôt par le pourcentage de profit destiné au franchiseur lors de la vente de marchandises au franchisé, chiffre qui ne leur avait pas été indiqué au moment de la signature du contrat. Pourtant le contenu des contrats de franchise recèle des informations déterminantes comme l'expansion du réseau, la réputation de la franchise, les profits escomptés, la qualité des produits offerts par le franchiseur lesquels peuvent constituer potentiellement de nombreuses sources de conflits. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si au Québec nombreux sont les contrats de franchise qui comportent des clauses libératoires de responsabilité¹²⁸. Le juge aura alors la

¹²⁵ Id., p. 17 de 24 (document électronique).

¹²⁶ J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 119.

¹²⁷ Bricka c. Groupe CDREM inc., précité, note 95.

¹²⁸ « Attendu que le franchisé reconnaît qu'il a étudié de manière indépendante les questions traitées dans la présente convention, qu'il a obtenu les services de conseillers juridiques et financiers indépendants à cet égard, qu'il a eu toute opportunité de lire et a lu la présente convention et comprend parfaitement ses dispositions, et qu'il reconnaît que cette entreprise commerciale comporte des risques et que son succès dépendra largement des capacités du franchisé comme homme d'affaires indépendant. (...) Le franchiseur nie

latitude de réduire ou bien d'annuler purement et simplement la clause litigieuse, lorsque l'abus de droit ¹²⁹ est caractérisé. Le plus souvent la clause litigieuse tombera en raison de la répugnance des juges, clairement exprimée, à réécrire le contrat. Encore faut-il que dans ce cadre le franchisé se soit montré actif¹³⁰. Il ne faut pas nier que, dans ce cadre, faute d'encadrement spécifique au Québec, l'appréhension par les juges de l'intensité de l'obligation contractuelle de renseignements est fixée en regard de la qualité « d'employeur » donc de professionnel du franchisé. Pour notre part, il y aurait lieu de nuancer grandement cette assertion, tel que démontré plus tôt.

En conclusion, le Québec ne dispose pas sur cette question d'outils préventifs. Pourtant, le Code de conduite du Canadian Franchise Association recommande l'obligation d'information même si les termes en sont très généraux¹³¹. L'intervention se fait au contentieux par le biais des dispositions de droit commun contenues au Code civil. Par contre, on peut s'interroger sur ce « vide », certes relatif, à cette étape-ci de la formation du contrat. À bien des égards, ce silence semble à contre-courant de ce qui s'observe ailleurs

expressément le fait et le franchisé reconnaît qu'il n'a reçu aucune représentation ni garantie, expresse ou implicite, relativement au volume potentiel ou au succès de l'entreprise commerciale visée par la présente Convention », dans Bricka c. Groupe CDREM inc., précité, note 95; autre exemple tiré de la doctrine : « (...) le franchisé reconnaît par les présentes que le franchiseur ne lui a formulé aucun engagement, représentation ou garanties, exprès ou tacite, quant à l'emplacement choisi pour les lieux ni quant au succès de l'entreprise visée par la présente convention », extrait d'une clause reproduite de l'article de A. LAJEUNESSE, loc. cit., note 101, 171.

¹²⁹ Art. 1437 du C.civ. « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent. ».

¹³⁰ Dans cette affaire, il a été jugé que les fausses représentations invoquées par le franchisé pour se libérer du contrat de franchise ne pouvaient être accueillies favorablement; voir, Orangerooft of Canada c. Rien Restaurant Ltd. J.E. 87-722 (Cour supérieure).

¹³¹ Art. 2 Code of Ethics, Canadian Franchise Association.

dans une grande partie des législations européennes¹³², mais surtout aux Etats-Unis¹³³ et récemment dans la **législation ontarienne**¹³⁴.

À ce propos, cette loi ontarienne sur la divulgation relative aux franchises prévoit, outre une obligation générale d'information du franchiseur dans un délai précis, la détermination d'un mode de remise des informations et une liste de celles requises¹³⁵. Cette obligation est assortie de sanctions qui, en cas de non respect, rend le franchiseur passible de sanctions civiles sévères et peut conduire notamment à la résolution du contrat; la prescription d'une telle action est fixée à deux ans¹³⁶. Dans ce cas, le franchiseur s'expose non seulement à rembourser toutes les sommes que le franchisé lui a versées, mais à racheter le stock et le matériel exigés par le contrat ainsi qu'à indemniser ce dernier des pertes subies¹³⁷. Par ailleurs, la loi prévoit le droit d'intenter une action en dommages et intérêts en présence d'une présentation inexacte des faits ou de leur non-divulgation. Cette disposition devrait inévitablement avoir des répercussions sur la validité des clauses exonératoires contenues dans les contrats de franchises. Mais au-delà de cette ouverture à l'action en dommages et intérêts, le législateur est venu étendre davantage ce recours par l'introduction d'une présomption de présentation inexacte des faits. Un tel attirail est à l'évidence plus porteur de rééquilibrage des parties à la relation contractuelle que ne le sont les simples dispositions de droit commun. La législation ontarienne opte résolument en faveur d'un rééquilibrage de la relation contractuelle au profit du franchisé. Mais elle va plus loin; elle fournit un recours et un allègement de la preuve au profit de la partie la plus faible. Au

¹³² En France, la Loi n 89-1008 relative au développement des entreprises commerciales et l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social et le Décret n 91-337 du 4 avril 1991; même cas pour l'Espagne.

¹³³ Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures en date du 21 octobre 1979 de la Commission Fédérale du Commerce (C.F.C.).

¹³⁴ Arthur Wishart Act Franchise Disclosure, S.O. 2000, c.3 (Bill 33).

¹³⁵ Art. 5 Arthur Wishart Act Franchise Disclosure, S.O. 2000, c.3 (Bill 33).

¹³⁶ Art. 6(2) Arthur Wishart Act Franchise Disclosure, S.O. 2000, c.3 (Bill 33).

¹³⁷ Art. 6 et 7 Arthur Wishart Act Franchise Disclosure, S.O. 2000, c.3 (Bill 33).

surplus, l'aménagement de nouvelles obligations du franchiseur est renforcé par l'introduction d'un formalisme certain doté d'un mécanisme de sanctions très sévère en cas de non-respect. À la marge, ces initiatives prouvent que le candidat à la franchise peut être profane lorsqu'il s'enrôle dans l'aventure entrepreneuriale. La qualité de commerçant du franchisé n'est pas non plus un gage de la connaissance sinon de la maîtrise des aspects commerciaux et techniques de la franchise.

Le Code civil du Québec n'offre à l'évidence pas les mêmes garanties. Il peut néanmoins rejoindre sensiblement le résultat projeté par la loi ontarienne mais seulement lorsque, par exemple, est soulevée l'invalidité des clauses contractuelles. La qualification de contrat **d'adhésion**¹³⁸, puisque c'est là le lot de la majorité¹³⁹ des contrats de franchise, permettra la mise en place de mécanismes de protection relatifs à cette qualification¹⁴⁰, notamment en cas de dispositions contractuelles incompréhensibles¹⁴¹ et surtout lorsqu'on est en présence de clauses externes¹⁴². Ces règles connaissent en contexte de franchise des aménagements particuliers. Le franchiseur devra veiller à donner toutes les « explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause »¹⁴³. Un des effets pervers en pratique de ces principes est la présence très fréquente de clauses mentionnées plus tôt qui, à toutes fins utiles, rendent très vulnérable le franchisé et incertain un éventuel recours du franchisé qui éprouve les

¹³⁸ Art. 1379 C.c.Q.

¹³⁹ J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 122.

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Art. 1436 C.c.Q. « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent. ».

¹⁴² Art. 1435 C.c.Q. « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. ».

¹⁴³ Art. 1436 C.c.Q.

conditions du contrat qu'il a valablement signées¹⁴⁴. La doctrine¹⁴⁵ a précisé que ces clauses risquent de « constituer une fin de non recevoir » pour le franchisé qui invoquerait la fausse représentation pour se libérer d'obligations contractuelles trop contraignantes. L'auteur souligne à cet égard la rigueur d'une décision de la Cour suprême qui eut à se pencher sur la validité d'une telle clause. Dans cette affaire, les juges retiendront la nature commerciale de la convention et en conséquence, la loi des contrats requiert la certitude donc le respect de la clause litigieuse. Sur cette note peu encourageante, il demeure que le droit civil québécois laisse l'opportunité d'invalidier une telle clause sur le fondement de l'abus de droit.

Sur la question des clauses externes, la qualification du contrat d'adhésion pourrait présenter un intérêt certain en pratique. Le concept du franchiseur exposé dans un « Manuel d'exploitation » est appelé à évoluer. Le franchiseur, pour se ménager cette marge de manœuvre, insère parmi les clauses du contrat des dispositions à cet effet. Le franchisé s'engage ainsi par avance dans le cadre du contrat de franchise¹⁴⁶ à accepter ces évolutions. Cette pratique fragilise doublement la situation du franchisé. Doté le plus souvent d'un contrat d'adhésion, son engagement peut s'avérer d'autant plus pernicieux que le contenu de certaines clauses ne sont pas déterminées ni déterminables.

¹⁴⁴ Le cinquième paragraphe introductif du contrat de franchise indique : « ATTENDU enfin que le Marchand, s'étant dûment informé de tout ce qui précède et après discussions et négociations avec Stéréo Plus sur les conditions et stipulations, y compris les stipulations essentielles de la relation contractuelle de franchise avec Stéréo Plus, désire acquérir une franchise Stéréo Plus afin de pouvoir utiliser les avantages Stéréo Plus conformément aux règles et normes formulées et définies par Stéréo Plus, le tout selon les termes et conditions ci-après énoncés. », dans Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40, § 91.

¹⁴⁵ A. LAJEUNESSE, loc. cit., note 101, p. 171-173.

¹⁴⁶ Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40.

Par ailleurs, les dispositions relatives aux clauses ambiguës ou illisibles ou encore incompréhensibles ne résolvent qu'une partie des difficultés et évidemment ne s'appliquent qu'en certaines circonstances¹⁴⁷. À défaut de ces circonstances, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion valablement rédigé et signé, le franchisé n'aura qu'à appuyer sa contestation sur les concepts de bonne foi¹⁴⁸ et d'abus de droit¹⁴⁹.

Peut-on en ces circonstances tabler sur l'obligation **de bonne foi et de loyauté** pour rééquilibrer ce contrat et croire avec J. H. Gagnon que cette obligation du franchiseur vis-à-vis du franchisé :

« (...) va plus loin qu'une simple obligation de bonne foi entre les parties ayant conservé chacune leur indépendance respective et ayant pu négocier, d'égal à égal, les termes, conditions et dispositions de leur relation contractuelle, notamment en ce qu'elle comprend une obligation de loyauté (...) »¹⁵⁰.

Par exemple dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec, les juges ont relevé que :

« [l]'appelante, liée par une obligation de bonne foi et de loyauté à l'endroit des intimées, avait le devoir devant ce nouveau tournant de travailler de concert avec son franchisé, de lui fournir les outils nécessaires, sinon pour empêcher qu'un préjudice économique ne lui soit causé, du moins pour en minimiser l'impact. Entre, d'une part, l'inaction totale et le maintien d'un statu quo qui risquaient de lui coûter sa place de marché et, d'autre part, l'exercice de son droit de libre concurrence vis-à-vis des tiers, il existe une marge. L'appelante ne pouvait négliger ses franchisés et récupérer le segment vulnérable de la commande centrale par une activité exercée par son propre magasin Héritage. Elle devait, de concert avec eux, mettre sur pied une réplique commerciale adéquate qui permettait à ces derniers de minimiser leurs pertes et de se repositionner dans un marché en évolution. »¹⁵¹

¹⁴⁷ Id., en particulier § 88 et suiv.

¹⁴⁸ Banque de Montréal c. Bail ltée, [1992] 2 R.C.S. 554.

¹⁴⁹ Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.; Houle c. Banque Canadienne du Canada, [1990] 3 R.C.S. 122

¹⁵⁰ J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 129.

¹⁵¹ Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc. et Supermarché Frontenac inc., précité, note 75, p. 24.

Le Code civil n'est pas totalement dénué de protection à l'égard du franchisé, mais jusqu'à quel point peut-on affirmer qu'il se substitue parfaitement à une loi spécifique? Remplace-t-il vraiment l'obligation précontractuelle de renseignements telle que requise par la loi ontarienne? La réponse est évidemment négative.

Ce constat est d'autant plus crucial que dans le cadre de l'harmonisation des lois au Canada, un comité sur le droit de la franchise réfléchit sur l'adoption d'une loi uniforme sur les franchises à l'échelle canadienne¹⁵². Or, le Québec s'est en partie retiré du projet au motif que le « (...) le Code permettrait de régler adéquatement (...) la plupart des questions découlant des rapports entre franchiseurs et franchisés.»¹⁵³ Et c'est sans compter qu'au niveau international, un plan directeur a été établi par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) destiné¹⁵⁴ aux législateurs nationaux pour l'élaboration d'une loi sur le franchisage. Cette loi-type prévoit l'obligation précontractuelle de renseignement.

Le recours à la protection pour l'intégrité du consentement demeure en France et au Québec largement utilisé. Ainsi, en France, le défaut de communication est constitutif de dol et appelle la nullité du contrat compte tenu de l'obligation précontractuelle de renseignement prévue à la loi du 31 décembre 1989¹⁵⁵ et maintenant contenue à l'article L. 330-3 du Code de commerce¹⁵⁶, tandis qu'au Québec les clauses contractuelles, faute de dispositions

¹⁵² J. SOTOS, F. ZAÏD Frank (prés.), op. cit., note 4.

¹⁵³ Propos de Jean-Pierre Bergeron du gouvernement du Québec rapporté dans, id.

¹⁵⁴ UNIDROIT Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise; voir également UNIDROIT, « Draft Articles for a Model Franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report » (2001) vol. 3 Issue 1, I.J.F.D.L. p.5- 41.

¹⁵⁵ Cass. com. 24 Mars 1998, n° du pourvoi 96-13158 (Inédit).

¹⁵⁶ Loi n 91-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, (J.O. 2 janv.1990). Le Décret n° 91-337 de 04/1991 prévoit avec une minutie extrême les informations à délivrer. Elles sont à la fois d'ordre général (essentiellement les données objectives sur l'entreprise) et d'ordre prévisionnel.

législatives spécifiques, rivalisent de raffinement pour y échapper. Mais au-delà des prescriptions obligatoires de renseignement indiquées à l'article L. 330-3 du Code de commerce, si le franchiseur prend la liberté de transmettre une nouvelle information, « ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». En l'occurrence, le franchiseur avait remis au futur franchisé une étude de marché ayant vicié son consentement¹⁵⁷ puisqu'elle donnait « une image inexacte de l'environnement ».

(ii) Le formalisme?

Alors que le formalisme constitue une technique répandue pour parer aux déséquilibres contractuels et surtout pour protéger le consentement des cocontractants, il est écarté presque systématiquement du droit commercial. D'ailleurs, le formalisme s'inscrit davantage dans la tradition romano-germanique que dans la common law quoique sur ce point des inflexions soient visibles. Par exemple, au Québec, le droit de la consommation¹⁵⁸ requiert un contrat écrit. Or, les postulats à la base d'une relation commerciale comme celle qui nourrit le contrat de franchise échappent théoriquement à cette exigence.

¹⁵⁷ « (...) qu'ayant relevé que le document précontractuel ne renseigne pas sur la zone de chalandise, que ce renseignement est essentiel au candidat franchisé pour qu'il appréhende la concurrence, que la liste des concurrents n'est pas complète, qu'elle a été élaborée hâtivement, que la présentation faite ne distingue pas les chocolatiers justifiant d'une enseigne nationale (...) des chocolatiers spécialisés(...) ni de ceux qui pratiquent cette activité de manière occasionnelle(...) les omissions commises ont donné au candidat une image inexacte de l'environnement (...) » Cass. com. 11 fév. 2003, n° de pourvoi 01-03932 (inédit) (Affaire Jeff de Burges France); voir l'exposé de la controverse et la position inverse dans l'opinion doctrinale de F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 209; p. 229-232.

¹⁵⁸ Au Québec, Loi sur la protection du consommateur, L.Q. 1978, c.9, a.30; en France : Code de la consommation, L. 133.1; Code du travail, L.121-1.

Quelques infléchissements sont néanmoins visibles dans le cadre du contrat de franchise non seulement en raison de la pratique influencée par les codes de conduite mais surtout par des textes spécifiques. Par exemple, en droit français, l'article 330 du Code de commerce prévoit implicitement un contrat écrit puisqu'il est indiqué que « Toute personne (...) est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu (...) ». Mais l'exigence dépasse largement ce cadre puisqu'un décret¹⁵⁹ est venu préciser la nature des informations requises. Elles comprennent tout à la fois des informations générales, telles que la date de création de l'entreprise ou encore le nom des dirigeants, et des informations plus techniques et des informations plus spécifiques. Ceci étant, parmi les informations générales se trouvent des informations d'importance cruciale comme, par exemple, celles relatives aux «nombres d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant la délivrance du document. Le document doit préciser si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé »¹⁶⁰. Cette information même si elle est strictement circonscrite peut conduire le franchisé à pousser plus avant ses investigations sur le réseau de la franchise auquel il entend adhérer. Les autres informations requises sont de nature prévisionnelle mais, aux termes du dispositif législatif et réglementaire, cette obligation n'a pas la portée à laquelle on pourrait s'attendre. Aussi, le chef de réseau doit fournir une « analyse macro-économique du projet mais non un compte de résultat prévisionnel (...) c'est-à-dire **établir un document prévisionnel individualisé** »¹⁶¹.

Outre, l'obligation d'information, voyons quels sont les mécanismes protecteurs et les obligations qui résultent de l'exécution et de la terminaison du contrat de franchise.

¹⁵⁹ Décret n 91-337 du 4 avril 1991.

¹⁶⁰ Art. 1 5°) c).

¹⁶¹ F.-X. LICARI, op. cit., note 6, p. 232 (le gras est dans le texte original).

(b) Protections et obligations
en regard des règles de
l'exécution et de l'extinction
du contrat de franchise

Parmi les obligations auxquelles est assujéti le franchisé se trouvent celles relatives au droit du travail. Le franchisé bien qu'il puisse être dépendant à l'égard du franchiseur, n'en reste pas moins un employeur qui ne peut, en raison de sa dépendance, se soustraire à ses obligations d'employeur à l'égard des lois du travail. Par exemple, ces obligations ont été maintenues dans le cadre où une entreprise s'est démantelée en franchises. Dans ce cadre les juges ont transmis l'unité d'accréditation au franchisé devenu employeur et ce malgré les clauses contractuelles contenues au contrat. En l'espèce, le franchisé n'avait déboursé que 20 % du droit d'entrée et il avait été convenu que le résiduel serait ponctionné à raison de 2 % de plus sur la part des revenus allant au franchiseur. Le même contrat prévoyait également une clause de résiliation moyennant un préavis de 30 jours¹⁶².

Dans de telles circonstances contractuelles, on peut sérieusement s'interroger sur l'indépendance du franchisé lorsque le paiement du droit d'entrée est échelonné sur une période de temps et que son remboursement s'effectue au moyen d'un pourcentage supplémentaire sur les redevances dues au franchiseur. Jusqu'à quel point le franchisé sera-t-il maître de ses profits et pertes, de ses décisions d'investissement et d'amortissement¹⁶³?

¹⁶² Groupe T.D.L. ltée et Syndicat des travailleuses et travailleurs de Tim Horton (C.S.N.), D.T.E. 99T23 (commissaire du travail); dans le même sens Bouchard et Ultramar ltée, D.T.E. 99T608 (commissaire du travail); Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Jan Pro Canada inc., D.T.E. 98T79.

¹⁶³ Cette question a été soulevée sans pour autant faire l'objet du litige en Colombie Britannique dans le cadre de l'affaire KFCC/Pepsico Holdings Ltd. et CNCV Holdings Ltd. et, Caw Canada (local 3000), (2001) n° B283/2001(B.C.L.R.B.) 64 pages, voir commentaires sur cette affaire : Leonard H. POLSKY, loc. cit., note 116, 321 plus particulièrement.

En dehors du Québec, plusieurs décisions ont été rendues dans les provinces de la common law sous la notion « **d'employeur unique** »¹⁶⁴. À quelques reprises, la jurisprudence s'est interrogée sur la possible attribution de la notion d'employeur unique à la relation d'un franchisé-franchiseur étant donné que les politiques générales relatives aux conditions de travail prévalant chez le franchiseur s'imposaient au franchisé. Reste que malgré ce questionnement les obligations légales n'échappent pas au franchisé-employeur, peu importe son état de dépendance

Parmi les obligations auxquelles est assujéti le franchisé, une se rapproche sensiblement de **l'obligation de loyauté** de l'employé à l'égard de l'employeur par le truchement de « l'esprit de collaboration » qui préside au contrat de franchise.

Ainsi dans une récente affaire, la Cour supérieure a eu à se prononcer sur la validité de la résiliation d'un contrat de franchise ordonnée par le franchiseur. Brièvement dans cette affaire, le franchisé s'était obstiné à conserver un revêtement en carrelage plutôt qu'en linoléum, et ce, malgré les demandes et mises en demeure répétées du franchiseur de s'y conformer. Cette obstination de ne pas se conformer aux normes à la date convenue et connue des parties a eu raison du contrat. Le contrat de franchise auquel avait souscrit le franchisé prévoyait des clauses relatives à l'uniformité du concept et des installations des franchisés ainsi qu'un engagement pour l'avenir. Ainsi, le franchiseur avait toute latitude pour modifier ou améliorer son concept au gré du temps. En outre, des pénalités étaient prévues en cas de non-respect des obligations du franchisé ainsi que la possibilité de mettre un terme au contrat de franchise de part et d'autre, et ce, quels qu'en soient les motifs,

¹⁶⁴ KFCC/PEPSICO holdings Ltd. et CNCV Holdings Ltd. et, Caw Canada (local 3000), (2001) n° B283/2001(B.C.L.R.B.) 64 pages; Voir en ce sens, les développements de Pierre VERGE, « L'adaptation du droit du travail à la « nouvelle entreprise » », dans Jean BERNIER et al. (dir.), L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, 169 p., p. 21, en particulier p. 32-33.

moyennant un préavis de six mois. C'est finalement sur ce dernier fondement que le contrat sera résilié et le juge confirmera la validité de la résiliation :

« (...) s'il y avait quelque doute que ce soit quant à la validité du premier avis, le deuxième avis de résiliation (...) invoquant l'article 4.1 in fine est, de toute évidence, valide et n'a pas été envoyé de manière abusive. »¹⁶⁵.

Nonobstant la disposition de la convention portant rupture du contrat moyennant un préavis, le juge s'est penché sur les motifs invoqués par le franchiseur pour mettre un terme au contrat afin de s'assurer qu'il n'avait pas agi de façon abusive. En l'espèce, le juge conclut « qu'un contrat ne devrait pas être résilié pour un défaut mineur (...) » à savoir le fini du plancher¹⁶⁶. Notons que le franchiseur reprochait au franchisé de ne pas avoir obtempéré avec diligence¹⁶⁷ à l'exigence de remplacer son sol de céramique pourtant neuf par un linoléum, et ce, en conformité avec les spécifications préalablement fournies. Puis le juge précise plus loin que « (...) la résiliation est causée par le comportement négligent du franchisé. » Son attitude a miné « (...) le lien de confiance mutuel et l'esprit de collaboration qui doit prévaloir dans les relations entre franchiseur et franchisé »¹⁶⁸. Ainsi ne faut-il pas conclure en la présence d'une obligation réciproque de loyauté dans le cadre d'un contrat de franchise? Il est permis de le penser et c'est en tout cas une opinion qui se dessine dans la doctrine et la jurisprudence québécoises, opinion récemment affirmée par les juges de la Cour d'appel du Québec¹⁶⁹ :

« (...) le défaut de remplir adéquatement son obligation de collaboration et d'assistance technique, qui se traduit par un manque de loyauté, en omettant

¹⁶⁵ Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40, §111.

¹⁶⁶ Id., §109-110.

¹⁶⁷ Notons que dans ce cas le franchisé finira les travaux requis 11 jours plus tard « mais il est trop tard, la convention de franchise est déjà résiliée », dans Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc., précité, note 40, § 70.

¹⁶⁸ Id., § 110.

¹⁶⁹ Provigo distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc. et Supermarché Frontenac inc., précité, note 75, p. 23 (nous soulignons); voir également Stageline Mobile Stage Inc. c. Richard, C.A. Québec, n° 500-09-009495-003;500-05-043180-98, 8 oct. 2002.

de fournir à son cocontractant les outils nécessaires pour résister commercialement à la concurrence (...) »

au sujet d'un contrat de service :

« CONSIDÉRANT, toutefois, que si le contrat de travail est assujéti à une obligation de loyauté, spécifiquement prévue par le législateur, la chose n'a pas, pour autant, l'effet d'exclure cette obligation pour le contrat de service, eu égard aux articles 6, 7 et plus particulièrement 1376 C.c.Q. prévoyant que tout contrat doit être exécuté de bonne foi. »¹⁷⁰.

Ce qui a laissé dire à la doctrine qu'une véritable obligation de loyauté était née entre le franchiseur et le franchisé. Notons que dans cette affaire le juge s'est également penché sur l'impact qu'aurait pu avoir la création d'une association de franchisés dont l'initiative était revenue au franchisé. Cette supposée éviction interdite n'a pourtant pas été retenue par le juge ce qui nous amène à nous interroger sur le contrôle exercé par les juges du fond sur la question des motifs de rupture du contrat de franchise.

Bien que moins rigoureux qu'en droit du travail, il existe un contrôle sur les **motifs de résiliation du contrat de franchise**¹⁷¹ ainsi que sur l'octroi d'un **préavis raisonnable au profit du franchisé**. Au Québec, et ce, dès 1990, la Cour suprême du Canada a émis le principe de l'exercice raisonnable comme mode de contrôle de l'abus de droit. Dans l'affaire Houle c. Banque Nationale du Canada¹⁷², la juge Dubé précise :

« Conformément à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est faite au Québec sur cette question, il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois **que le critère moins rigoureux de «l'exercice raisonnable»**

¹⁷⁰ Id. (10^e Considérant) (nous soulignons).

¹⁷¹ Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Biblio. de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p. 198-201; J. H. GAGNON, loc. cit., note 27, p. 107-152, p. 140.

¹⁷² Houle c. Banque Nationale du Canada, précité, note 149.

d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. »¹⁷³

Aussi l'article 1437 du C.c.Q.¹⁷⁴ s'institue comme une limite à la force obligatoire du contrat entre les parties. Jean Pineau¹⁷⁵ précise que « toutes ces clauses, déjà visées, ont un point commun : elles sont déraisonnables envers la partie la plus vulnérable, soit parce qu'elles vont à l'encontre du régime contractuel prévu par la loi ou escompté par cette partie au contrat. ».

À l'occasion de la résiliation d'un contrat de franchise la question s'est posée de la validité d'une clause de résiliation. Dans l'affaire Joe Dubreuil¹⁷⁶, le franchisé lors du renouvellement du contrat de franchise s'était vu insérer une clause de résiliation réciproque d'un délai de 60 jours. Le franchiseur utilisera bientôt cette clause pour mettre un terme à la relation mais accordera six mois de préavis. La convention précise :

« (...) que le délai pouvait être étendu par l'une ou l'autre des parties. Elles s'accordaient ainsi le droit d'allonger un délai de soixante jours qui aurait pu être considéré comme accordant un droit « excessif et déraisonnable ». »

¹⁷³ Id.

¹⁷⁴ Art. 1437 du C.c.Q. «Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.».

¹⁷⁵ Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La réforme du code civil - Obligations, contrats nommés, Vol 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 1177 pages, p. 9-233, p. 98.

¹⁷⁶ Jos Dubreuil & Fils Ltée c. Ford New Holland Canada Ltée, C.S. Montréal, n° 200-05-000829-940, 7 nov. 1997, j. Gérald Boisvert ; R.E.J.B. 97-3359 ; p. 20 de 24 décision confirmée en appel, Jos Dubreuil & Fils Ltée c. Ford New Holland Canada Ltée, C.A. du Québec, n° 200-09-001766-978, 30 mars 2000, jj. Forget, Rochette, Letarte.

Les juges estimeront de leur côté que la clause telle qu'utilisée par le franchiseur constitue un «exercice raisonnable» et ne saurait constituer ainsi un abus au sens de l'article 1437 C.c.Q. Au surplus, les raisons de mettre fin à une concurrence régionale ne sauraient être mises en doute et démontrent la bonne foi du franchiseur.

De la même façon, dans l'affaire Simard c. Provi-Soir¹⁷⁷, le non-renouvellement du contrat n'a pas été considéré comme abusif. Les juges admettent en *obiter dictum* qu'il peut «(...) exister des cas où le refus de renouveler un contrat de franchise à durée déterminée pourrait être jugé abusif en raison des relations de collaboration économique voulues et entretenues par les deux parties»¹⁷⁸. Les juges après avoir contrôlé le caractère non arbitraire de la décision précisent son bien-fondé notamment en raison du non-respect de nombreuses obligations. Par conséquent, la reprise de possession des lieux loués est justifiée.

Récemment, un franchiseur sans vergogne qui souhaitait récupérer le territoire du franchisé a été condamné par un jugement en injonction permanente, au paiement de dommages exemplaires pour avoir « (...) à cause de sa mauvaise foi évidente écarté la demanderesse de son réseau d'agences de voyages **sans se préoccuper** des droits et des intérêts reconnus contractuellement à la demanderesse.»¹⁷⁹, ainsi qu'à des dommages d'un montant substantiel. De plus dans cette affaire, le juge ordonna de maintenir l'accès informatique au système de réservation et de réintégrer le franchisé à titre d'utilisateur du système¹⁸⁰. Quant aux motifs, il a été jugé qu'un prétexte ne peut valablement justifier la terminaison d'un contrat de franchise conclut pour une « durée illimitée ». En l'espèce, le

¹⁷⁷ Monique Simard c. Provi-Soir inc., [1993] 56 Q.A.C. 299 publié (J.E. 93-284); Cour d'appel du Québec, n° 200-09-000501-889, 15 janvier 1993, jj. Mailhot; Tourigny; Rousseau-Houle.

¹⁷⁸ Id., p. 6 de 10.

¹⁷⁹ Club de Voyages Aventure (Groupe) inc. c. Club de Voyages Aventure inc., Cour supérieure Montréal, n° 500-05-044469-987, 22 juin 1999, j. C. Larouche (nous ajoutons le gras). Notons que le débat se place ici essentiellement sous l'angle du respect du principe de bonne foi.

¹⁸⁰ Notons que deux mois après le jugement le franchiseur sera en faillite.

franchisé à la suite de son refus de racheter une seconde franchise a subi une opération zélée de vérification de la part du franchiseur, opération où la façon de procéder de ce dernier a conduit le juge à rappeler que : « 441-(...) le contrat de franchise qui implique des vérifications exhaustives ne peut pas permettre de se comporter comme un employeur vis-à-vis d'un employé! C'est carrément un abus de droit. »¹⁸¹. Par conséquent, un tel contrôle dont l'unique but est de mettre en défaut le franchisé pour ultimement justifier la rupture ne peut être valablement retenu. Plus récemment encore, la Cour supérieure a accordé une somme équivalente à deux ans de pertes de bénéfices en raison du non-renouvellement abusif du bail concédé par le franchiseur¹⁸².

Ces situations abusives sont pourtant fréquemment contenues dans les baux signés avec le franchiseur lequel se « (...) réserve l'option [et parfois l'obligation] à la fin de la durée de la convention de franchise, d'acheter le franchisé, de reprendre possession de l'établissement franchisé ou de certains actifs du franchisé (...) »¹⁸³. Le dépouillement prévu par contrat n'en demeure pas moins un dépouillement, un aléa certes prévisible mais qui s'impose au détriment du franchisé. À quel coût sera racheté l'inventaire par le franchiseur? Le franchisé pourrait-il en pareilles circonstances évaluer et faire valoir son préjudice auprès des tribunaux. À moins d'abus, il est fort à parier que la jurisprudence s'en tiendra aux termes du contrat. L'absence de compensation dans ces circonstances pour le franchisé démontre une nouvelle fois la situation de dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur.

¹⁸¹ Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada limitée., Cour supérieure Montréal, n°765-05-001185-013, 25 septembre 2002, §-441.

¹⁸² Agropur, Coopérative Agro-Alimentaire c. Réjean Boulet inc., Cour supérieure Montréal n° 500-05-034880-979, 21 fév. 2001 (J. K. Downs) « (...) 42- En l'espèce, dans la perspective que la requérante a abusivement mis fin à une période de relocation d'une durée maximum de cinq ans et assumant que les intimés auraient pu entreprendre une re-localisation dès février 1995, n'eut été les faux espoirs de continuer à opérer créés par l'ensemble des circonstances, la période de deux ans pour perte de bénéfices m'apparaît comme raisonnable ».

¹⁸³ J. H. GAGNON, op. cit., note 14, p. 228-20.

On observe à la lumière de la jurisprudence québécoise, et ce, malgré un attirail législatif conventionnel, une inflexion certaine de certains principes civilistes et un durcissement de la jurisprudence à l'égard des franchiseurs peu scrupuleux¹⁸⁴. Il y a à n'en pas douter une volonté croissante d'accorder un rééquilibrage de la relation contractuelle, un meilleur contrôle des motifs de résiliation, le respect d'un préavis et l'obligation de loyauté. Dans un cas, on note que la brusque rupture peut entraîner l'allocation de dommages en réponse aux pertes ou au manque à gagner. Le franchiseur n'a cependant pas l'obligation formelle de motiver la résiliation et de suivre les principes rattachés par exemple à la théorie de la gradation des sanctions. Par contre, l'énoncé des motifs qui amène le franchiseur à rompre le contrat permet d'établir devant le tribunal s'il a agi de bonne foi. Il doit alors seulement démontrer que ce motif n'est pas abusif en réponse aux preuves apportées par le franchiseur; ce dernier étant soumis à *l'actio probatio incombis*.

Mais pour conclure, il faut noter que :

« [l]e franchisage, dans son essence, est un contrat qui relève du droit des affaires et non du droit du travail ou du droit de la consommation. Il est vrai que dans le cas des chaînes importantes, telle la chaîne Provi-Soir, le franchiseur occupe une position de force par rapport au franchiseur de sorte que le contrat de franchise devient souvent **un contrat d'adhésion**. À cet égard, il pourrait arriver, en **droit civil québécois** tout comme dans les juridictions de common law, que les tribunaux restreignent les privilèges que s'étaient unilatéralement conférés le franchiseur en appliquant au contrat de franchise **les règles d'interprétation des contrats favorables** à l'adhérent ou encore recourent à la **théorie de l'abus de droit** en matière contractuelle si le franchiseur exerce ses droits de façon intempestive. »¹⁸⁵.

Rapprochements par petites touches? C'est une conclusion somme toute timide qui se dresse pour le Québec. En revanche, le régime accordé aux franchiseurs en France présente plus de témérité. La raison de ce décalage est sans aucun doute attribuable à

¹⁸⁴ *Supra*

¹⁸⁵ *Monique Simard c. Provi-Soir inc.*, précité, note 177, p. 5 de 10.

l'œuvre législative. Très tôt le législateur français n'a pas hésité à broser des régimes à part et, à plusieurs reprises, nous l'avons évoqué. Parmi eux, ceux des gérants de succursales et des agents commerciaux constituent indéniablement un état d'avancement en matière de protection et surtout apportent la démonstration d'une adéquation possible entre le régime juridique de ces formes de travail et leur réalité sociologique. Au point où plusieurs formes de travail dépendantes pourraient, par analogie, se reconnaître dans cette catégorie. Les travaux de Licari¹⁸⁶ s'inscrivent pleinement dans cette veine. Par exemple, le franchisé peut très bien revêtir les caractéristiques du gérant de succursale dont le statut est affiché à l'article L. 781-1. Cet article peut s'avérer une plate-forme originale pour accueillir les franchisés. Certains juges français assez téméraires n'ont pas hésité à en faire usage.

En effet, depuis peu l'article L. 781-1 du Code du travail a connu un regain d'intérêt au profit des entrepreneurs dépendants non salariés. La franchise, dans une série d'arrêts¹⁸⁷ de la Cour de cassation, a profité de cette ouverture. Aussi après avoir exposé le champ d'application et le régime de cette disposition, on s'interrogera sur cette alliance presque contre nature entre le droit du travail et la franchise. Est-ce à dire que cette disposition atteste la thèse du bien fondé d'un élargissement du contrat de travail à des situations de travail non salariées dépendantes; ce point irait à l'encontre de notre thèse ou bien est-ce le germe d'un nouveau régime du travailleur non salarié dépendant?

Après avoir dressé très sommairement les grandes lignes de ce régime prévu à l'article L. 781-1¹⁸⁸ du Code du travail, on s'interrogera brièvement sur son opportunité et

¹⁸⁶ F.-X. LICARI, op. cit., note 6.

¹⁸⁷ Cass. soc. 4 décembre 2001, 3 arrêts, Bull. n° 373, Soc. France acheminement c. Sierra; Dalval c. Soc. France acheminement.

¹⁸⁸ Article L. 781-1 « Les dispositions du présent code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux catégories de travailleurs particuliers ci-après : 1° les personnes qui, dans une entreprise industrielle ou commerciale, sont chargées par le chef d'entreprise ou avec son agrément de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise,

dans quelle mesure la jurisprudence avance certains mécanismes de protection en dehors du rattachement à l'article L. 781-1.

Cette loi du 21 mars 1941¹⁸⁹ a eu pour objet d'introduire un statut de travail pour les gérants. Mais progressivement et en raison de la libéralité des termes utilisés par le législateur, la jurisprudence a étendu le champ d'application de cette disposition. Globalement, le contentieux s'articule autour de la reconnaissance de ce statut aux gérants des stations services, aux concessionnaires, aux franchisés¹⁹⁰ et ce n'est là qu'une première démonstration de « son vaste potentiel d'application »¹⁹¹. Mais avant de se pencher sur cette dernière extension, il convient de préciser les conditions d'application prévues.

en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ; 2° les personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise. Toutefois, le chef de l'entreprise industrielle ou commerciale qui fournit les marchandises, (...) ne sera responsable de l'application au profit des personnes ci-dessus visées de la réglementation du travail résultant du livre II du présent code que si les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité du travail dans l'établissement ont été fixées par ce chef d'entreprise ou soumises à son agrément. Dans le cas contraire ces personnes énumérées sont assimilées à des directeurs d'établissements et la réglementation résultant des livres I et II du présent code ne leur est applicable que dans la mesure où elle s'applique aux chefs d'établissements (...). En ce qui concerne le personnel placé sous les ordres des personnes définies ci-dessus, celles-ci ne sont responsables au lieu et place du chef d'entreprise industrielle ou commerciale avec lequel elles ont contracté, de l'application des dispositions des livres I et II du présent code à l'égard du personnel que si elles ont toute liberté en matière d'embauchage, de licenciement et de fixation des conditions de travail dudit personnel. ».

¹⁸⁹ M.-E. ANDRÉ, « Gérants mandataires de succursales », *J.-Cl. Traité travail* Fasc. 4-5.

¹⁹⁰ Dès 1966, Cass. soc. 24 juin 1966, (1966) 2 *G.P.* 200.

¹⁹¹ Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Alençon, éd. Sirey, 1990, 208 p., p. 52, § 63.

La loi impose trois conditions. La première consiste aux termes de la loi à exercer « leur profession dans un local fourni ou agréé » par l'entreprise, la seconde d'exercer l'activité de gérant aux conditions imposées par l'entreprise, soit vendre la marchandise « fournie exclusivement ou presque exclusivement », la troisième de vendre « aux conditions et prix imposés par ladite entreprise »¹⁹². La combinaison de ces trois conditions conduit à l'attribution d'un **statut mixte** destiné au gérant et amplement dominé par le droit du travail. Notons, toutefois, que ce statut n'est applicable qu'à l'égard d'une activité de vente de marchandises et non de services à quelques exceptions près¹⁹³.

Sur le plan du régime accordé, ce statut offre aux gérants un régime composé d'une sélection de dispositions du Code du travail. Il en est ainsi de celles relatives au salaire minimum, à la durée du travail, aux indemnités en cas de licenciement¹⁹⁴, aux limitations de sa responsabilité, à la compétence d'attribution du Conseil des Prud'hommes. Il peut embaucher, fixer les conditions de travail et licencier. Dans ce cadre, il devra pleinement assumer ses responsabilités en tant qu'employeur. En dehors de cette situation, sa responsabilité ne pourra être engagée qu'en cas de faute lourde. Enfin, l'article L. 781-1 ne souffre aucun aménagement puisqu'il est d'ordre public. Assurément ces dispositions marquent davantage le désir d'attacher un statut à ces travailleurs que de consacrer une requalification.

Plusieurs critiques ont été avancées par la doctrine. Une partie d'entre elles considère¹⁹⁵ qu'une bonne part de ces situations pourraient également conduire à une

¹⁹² En combinaison avec les restrictions et pénalités imposées par l'article 34 de l'Ordonnance de 1986, le procédé de vente à prix imposé ne peut que concerner des gérants mandataires qui reçoivent en dépôt.

¹⁹³ Cass soc. 4 déc. 2001, Soc. France acheminement c. Sierra : « (...) Sierra distribuait et ramassait des colis à partir d'un local dont la société France Acheminement était locataire, que la distribution était soumise à des horaires et à itinéraire imposés par une politique commerciale de la société que les tarifs étaient imposés (...) a fait ressortir que les conditions de l'art. L. 781-1 2^e C. Trav. étaient réunies(...) ».

¹⁹⁴ Ici le terme licenciement doit être pris au sens français du terme ce qui équivaut au terme congédiement en droit québécois.

¹⁹⁵ F.-X. LICARI, op. cit., note 6, p. 140.

requalification pure et simple en contrat de travail de droit commun puisque « cette disposition légale ne faisait que codifier un courant jurisprudentiel de la Cour de cassation, préfigurant la notion d'intégration dans un service organisé »¹⁹⁶, tandis qu'un autre courant y consacre son régime mixte comme le réceptacle des situations de dépendance économique, régime qui reste sélectif compte tenu des conditions d'ouverture émises. Antoine Jeammaud y voit davantage un régime spécifique :

« (...) les personnes remplissant les conditions de l'article L. 781-1 ne cumulent pas les qualités d'indépendant et de salarié parce que cet article ne fait aucunement de leur contrat un contrat de travail. (...) les arrêts du 4 décembre marquent ainsi la reconnaissance par la cour régulatrice **d'une distinction trop méconnue entre ce régime et le processus de requalification**»¹⁹⁷.

La requalification du contrat de franchise en contrat de travail existe néanmoins depuis moins de dix ans. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation sont venus baliser la question de la requalification du contrat de franchise en contrat de travail au moyen de cette disposition. Il est clair que les conséquences attachées à une telle requalification emportent des conséquences pécuniaires considérables¹⁹⁸ et posent au moins trois questions que nous nous contentons de soulever ici : Que deviendra le droit d'entrée versé par le franchisé¹⁹⁹? Qu'advient-il de la responsabilité du franchisé ? Et des bénéfices d'exploitation?

¹⁹⁶ Id., p.140.

¹⁹⁷ Antoine JEAMMAUD, « L'assimilation des franchisés aux salariés » 2 (2002) Droit social 158-163, p. 159 (nous ajoutons le gras).

¹⁹⁸ Harold GABA, « La requalification du contrat de franchise en contrat de travail » (1999) mars Travail et Protection Sociale J.C.P. 4-6; Marc RICHEVAUX, « Des maux ... Des mots, ou le contrat de travail franchisé », (1998) oct. Droit ouvrier 438- 442, 438.

¹⁹⁹ Le principe sur ce point retenu par la Cour de cassation dans l'affaire, Soc. France acheminement c. Robert : Cass soc. 25 février 1998 est le suivant : une fois constaté que le franchisé avait reçu des rémunérations inférieures au SMIC, les juges devaient se pencher si le fait pour le franchiseur « (...) de conserver de manière définitive le bénéfice de la somme qui lui a été remise à titre de « droit d'entrée » [par le franchisé] (...) lors de la conclusion du contrat n'était pas qu'un moyen de diminuer sa rémunération effective au point d'en réduire le montant à une somme inférieure au SMIC .».

Avant la série d'arrêts de 2001, la Cour de cassation saisie de l'application de l'article L. 781-1 recherchait la qualification juridique du contrat litigieux. L'analyse consistait alors à « caractéris[er] l'existence d'un lien de subordination juridique entre les parties »²⁰⁰. Depuis la série d'arrêts de 2001, cette pratique est délaissée. La Cour de cassation précise qu'il n'appartient pas aux juges du fond d'examiner la présence d'un lien de subordination juridique mais davantage de « *rechercher si les conditions énoncées par ce texte étaient en fait réunies* »²⁰¹. Elle délaisse au profit d'une analyse réaliste, la recherche de la nature juridique du contrat. Il ne s'agit ni de présumer, ni d'imposer une qualification juridique mais de rendre « applicable une part variable de ces règles dès lors que sont réunies certaines conditions très concrètes relatives à la nature ou à l'exécution de leur activité. »²⁰²

Cette interprétation n'emporte pas dans la doctrine l'adhésion de tous. Beaucoup voient dans cette disposition une manière de ramener dans le giron du droit du travail certaines formes de travail singulières. Thierry Revet²⁰³ considère qu'il s'agit là d'une « (...) nécessaire adaptation de la conception pure du lien du subordination. (...) la démarche adoptée par le législateur s'inscrit pleinement dans le processus d'élargissement du domaine du salariat par le recours à des conditions objectives cumulatives, dont la réunion justifie l'application de tout ou partie de la législation du travail ». Alors, régime spécifique ou requalification?

Au lieu d'opposer ces deux courants, nous sommes d'avis d'associer les points de vue dans la mesure où l'un comme l'autre participent à une meilleure compréhension du droit du travail. La volonté d'élargissement du domaine salarial relevé par Thierry Revet semble incontestablement juste. Les conditions objectives retenues par le législateur pour attribuer le statut mixte démontrent une proximité évidente avec les critères du lien de

²⁰⁰ Id.

²⁰¹ Cass soc. 4 déc. 2001, Soc. France acheminement c. Sierra Bull. 373 (en italique dans l'arrêt).

²⁰² A. JEAMMAUD, loc. cit., note 197, 158.

²⁰³ Thierry REVET, op. cit., note 171, p. 172-184.

subordination juridique. En revanche, d'un point de vue plus global, la démarche entreprise par le législateur, surtout à la lumière des arrêts rendus en 2001, interpelle plus globalement la question des fondements du droit du travail. On a beau reléguer la question de la qualification juridique au profit d'une approche plus pragmatique, il demeure que fondamentalement une telle orientation ou une telle dérive ne peut s'affranchir d'une réflexion plus fondamentale sur les postulats de base attachés au droit du travail. Enfin, quel que soit le débat qui entoure l'application de cette disposition, l'analyse du contrat de franchise peut dans certains cas solliciter l'application spécifique du droit du travail. Dans ce cadre, on pourrait parler d'importation explicite du droit du travail en faveur du franchisé. Cependant, pour contestée que soit cette affirmation, il reste que cette disposition prévue à l'article L. 781-1 ne couvre qu'en marge les contrats de franchise. Non seulement la problématique doctrinale posée plus tôt persiste et **les contrats de franchise** non visés par cette disposition **présentent dans les faits et en droit des mécanismes de protection qui tentent d'accorder de façon plus marquée une contrepartie à la dépendance subie.**

* * *

En conclusion le contrat de franchise offre des caractéristiques très particulières. Le franchisé est indéniablement en situation de dépendance. Il s'affranchit de certaines incertitudes du marché mais la contrepartie à cette protection contre une partie des risques entrepreneuriaux ouvre le droit à une **relation de partenariat**. Cette relation acquiert une certaine légitimité dans la suprématie des intérêts du groupe qu'elle va faire prévaloir. L'*intuitus firmæ* purge en apparence les décisions qui seront prises dans cette perspective de tout caractère arbitraire et contrôlant. En réalité l'asservissement peut être exemplaire au point où l'on puisse parler de franchises « subordonnantes ». La mise en place, la gestion et l'exploitation de l'entreprise font l'objet d'un contrôle constant qui reste légitime car l'objet du contrat de franchise consiste à transmettre un savoir-faire et à le divulguer. L'intérêt commun, la collaboration justifie que l'intérêt individuel disparaisse derrière celui

du groupe. Il s'agit d'un **partenariat sous contrôle** dominé à tous les stades de la vie contractuelle par une dissymétrie relationnelle et décisionnelle. Il n'est donc pas surprenant qu'il aboutisse souvent à une distorsion entre le porteur de risque, le franchisé, qui reste malgré l'assistance du franchiseur le seul responsable de son activité économique et le détenteur de la prise de décision, le franchiseur. Le franchisé œuvre personnellement à la tête de la franchise, le contrat est conclu *intuitu personae*, apparemment en toute indépendance mais en réalité il reste captif de cette relation de collaboration indispensable à sa survie et celle de son entreprise.

Des rapprochements avec certains dispositifs du droit du travail peuvent être envisagés, mais l'analogie reste limitée. Il convient ni de la sous-estimer ni de la surestimer. Dans un cas comme dans l'autre, on aboutirait à nier la spécificité des travailleurs non salariés dépendants. Une vision trop grossière conduirait à concéder une « conception (...) impérialiste du droit du travail »²⁰⁴, à l'inverse, on nierait les sources de rééquilibrage propres au droit civil et ultimement à l'avènement d'un droit de la dépendance.

Outre le lien entretenu entre la production et la distribution, il faut souligner le travail de ceux qui usent de leurs talents commerciaux en vue de susciter et de répondre aux besoins du marché. Plus tôt, l'analyse a porté sur une forme de représentation commerciale, le V.R.P., constituée d'indépendants importés dans le giron du droit du travail, ce qui lui confère un statut de droit mixte.

Sous le même registre, soit la représentation commerciale, les agents de commerce sont appelés à jouer un rôle d'intermédiaire mais le régime juridique qui leur est accordé présente une originalité; ils sont indépendants et pourtant les règles qui les gouvernent, le

²⁰⁴ Thierry REVET, « Rupture des contrats de dépendance et rupture du contrat de travail », dans Alain COEURET et al., Les frontières du salariat – Acte du Colloque des 26 et 27 octobre 1996, coll. « Thèmes et Commentaires », Montligeon, Éditions Revue juridiques Île-de-France et Éditions Dalloz, 1996, 263 p., p. 195-207, p. 202.

Code de commerce, leur offrent un régime de protection très original. L'intérêt de ce régime est double. Non seulement aucun référentiel formel n'est fait en regard du droit du travail, pourtant une similitude dans le traitement laisse à penser une diffusion par analogie de certains principes du droit du travail.

Section 2 - Le cas spécifique de l'agent commercial en France

Classés comme intermédiaire, le statut d'agent commercial est une variante des formes possibles de représentation en matière commerciale. Selon son caractère plus ou moins intégré à l'entreprise²⁰⁵, la représentation peut être assurée par un salarié ou bien un V.R.P.²⁰⁶ ou encore un agent commercial. Dans ce dernier cas, l'agent travaille en toute indépendance. Il assure la représentation de produits d'un ou de plusieurs mandants auprès d'une clientèle selon un régime légal dont on ne retrouve pas d'équivalent en droit québécois. C'est la raison pour laquelle la présente analyse s'attachera à exposer le seul régime français.

Le régime d'agent commercial défini dès 1958²⁰⁷ a été profondément modifié par l'arrivée de la Directive européenne du 18 décembre 1986²⁰⁸. Destinée à harmoniser le régime de protection des agents commerciaux dans la Communauté, la directive a été transposée en droit français par la Loi du 25 juin 1991²⁰⁹ puis insérée dans le Code de commerce.

Le rôle de l'agent de commerce consiste à recevoir de la part d'une entreprise la mission de diffuser ses produits ou services et de prospecter une clientèle. Contrairement au

²⁰⁵ Camille GOASGUEN, « La représentation commerciale, les critères du choix entre les différents statuts », (1998) 895 Semaine sociale Lamy 5.

²⁰⁶ Voir infra, Partie 1, Chapitre 3.

²⁰⁷ Décret n° 58-1345 du 23 décembre 1958

²⁰⁸ Directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants [Journal officiel L 382 du 31.12.1986].

²⁰⁹ Loi n° 91-593 du 25 juin 1991, JO 27 juin 1995.

V.R.P. ou encore au salarié chargé de commercialiser les biens de l'entreprise, l'agent commercial est une personne physique dotée d'un mandat; il est théoriquement indépendant, juridiquement et économiquement (§-1), mais quels sont les mécanismes de de protection mis en place au moment de la rupture? (§-2).

§-1. *Un mandataire indépendant?*

À la lecture de l'article L. 134-1 du Code de commerce, l'agence commerciale ne semble pas receler de grandes surprises. Elle impose plutôt la certitude non seulement quant à la nature juridique du contrat qui la gouverne mais aussi quant à l'indépendance de son sujet.

« Article L. 134-1 : L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.

Ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières. »

Pourtant la doctrine ne s'accorde ni sur son caractère indépendant, ni sur sa qualité de mandaté qui l'unit à l'entreprise. Sans rentrer dans le débat²¹⁰, mais pour l'exposer brièvement, on retiendra que l'opinion doctrinale majoritaire lui reconnaît une qualification de mandat en conformité avec les termes de la loi, tandis que l'opinion minoritaire²¹¹ le rapproche du contrat d'entreprise avec un contrat de mandat accessoire. Elle privilégie son rôle « **d'agent négociateur c'est-à-dire un agent non habilité à accomplir des actes juridiques au nom de son cocontractant.** »²¹² ou encore de contrat *sui generis*²¹³.

L'argumentation principale relevée par les auteurs de ce dernier courant pour contester la nature juridique de l'agent commercial s'appuie sur la volonté artificielle de législateur de « soustraire l'agent commercial du statut de V.R.P. qui depuis la Loi du 7 mars 1957 est présumé applicable à tous les représentants de commerce »²¹⁴. Ainsi se serait développé un « manichéisme juridique : l'agent commercial jouirait d'une « totale liberté d'action personnelle », d'une « indépendance absolue »²¹⁵.

Dans les faits, **la réalité de l'indépendance** de l'agent commercial comporte des failles importantes. L'essentiel des limites réside évidemment dans la teneur et l'ampleur du mandat qui lui est confié par l'entreprise; il agira en fonction des directives de cette dernière dans le cadre de la mission qui lui est confiée.

²¹⁰ P. PÉTEL, *op. cit.*, note 111; Philippe GRIGNON, Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires de commerce, vol. 44, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Éditions LITEC, 2000, 380 pages; D. FERRIER, *op. cit.*, note 2.

²¹¹ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, en particulier p. 156 (en gras dans le texte); G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 104, p. 93, § 122.

²¹² *Id.*, en particulier p. 156 (en gras dans le texte).

²¹³ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 104, p. 93, §122.

²¹⁴ *Id.*, p. 93, § 122.

²¹⁵ F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, en particulier p. 156-157 (en gras dans le texte).

Philippe Pétel²¹⁶ justifie le caractère indépendant de l'agent en raison de la maîtrise qu'il a de son entreprise et de la liberté d'exercice dont il jouit au cours de l'exécution de sa mission et du caractère permanent de la mission. Mais cette affirmation vient en contradiction avec le lien qu'entretient l'agent avec l'entreprise dont il est la créature; il paraît comme « la prolongation de l'entreprise pour laquelle ils agissent »²¹⁷.

À la tête de son entreprise, l'agent a pour mission de négocier ou de conclure des contrats. Selon les termes du contrat qui le lie à l'entreprise, l'agent commercial peut se contenter de négocier l'ensemble des termes du contrat mais ultimement n'engagera le mandat qu'après signature ou ratification de ce dernier. Dans d'autres situations, son pouvoir serait plus étendu et il liera le mandant par sa signature. Cette dernière situation s'avère plus rare²¹⁸. Dans le cadre de l'exercice de son mandat, il peut embaucher des salariés. Il peut garantir les « engagements souscrits par les clients avec lesquels il traite. (...) il assume les frais de service rendus au mandant qu'il s'agisse de la prospection ou de services accessoires (...) »²¹⁹. Son indépendance sur le plan de l'activité entrepreneuriale pourrait être parfaite mais deux limites significatives brident sa liberté. Il peut certes au terme de l'article L. 134-3 « accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants », par contre, cette non-exclusivité de l'exercice se heurte facilement à l'exigence qui est faite d'exercer l'activité de façon « permanente ». Par ailleurs, sa liberté s'éteint lorsque ses intérêts concurrencent ceux de l'entreprise : « Toutefois, il ne peut accepter la représentation d'une entreprise concurrente de celle de l'un de ses mandants sans accord de ce dernier ».

Plus significatives sont les obligations de l'agent relativement à sa mission aux termes de l'article L. 134-4 du Code de commerce :

« [l]es contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans **l'intérêt commun** des parties. Les rapports entre l'agent

²¹⁶ P. PÉTEL, op. cit., note 111, § 9 à 11.

²¹⁷ D. FERRIER, op. cit., note 2, p. 99.

²¹⁸ Id., p. 89.

²¹⁹ P. PÉTEL, op. cit., note 111, § 10 à 11.

commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information. L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. » (nous mettons en gras)

L'intérêt commun constitue un point central dans notre analyse dans la mesure où ce concept justifie l'intervention du mandant auprès de l'agent. Ainsi, l'agent se doit d'appliquer les instructions délivrées par le mandant avec loyauté et en bon professionnel. La directive européenne²²⁰ conforte cette orientation en exigeant de l'agent d'agir **loyalement et de bonne foi**; à noter que ces obligations sont en partie réciproques. Cette obligation emporte nombre de significations pratiques, notamment celles de protéger les intérêts du mandant, de démarcher de façon proactive les clients²²¹, de connaître les produits du mandant et, enfin, de rendre des comptes liés par « un devoir d'information »²²². Il peut même être tenu à des quotas. Enfin, les obligations ne s'éteignent pas une fois le contrat signé, « l'agent commercial doit, souvent, accompagner l'exécution des affaires

²²⁰ Art. 3 : « 1. L'agent commercial doit, dans l'exercice de ses activités, veiller aux intérêts du commettant et agir loyalement et de bonne foi. 2. En particulier, l'agent commercial doit: a) s'employer comme il se doit à la négociation et, le cas échéant, à la conclusion des opérations dont il est chargé; b) communiquer au commettant toute information nécessaire dont il dispose; c) se conformer aux instructions raisonnables données par le commettant. » Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, Journal officiel n° L. 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021.

²²¹ Par exemple, des efforts de promotion insuffisants, négliger de rendre visite à un client mettent en défaut l'agent; voir Cass. com. 29 oct. 2002, n° de pourvoi 00-10481 (inédit) « Mais attendu que l'arrêt relève qu'à partir de 1996, l'agent commercial, dont le chiffre d'affaires a baissé de façon significative et qui a contracté avec un autre mandant, a délaissé peu à peu son activité auprès de la société Bupsanit ; qu'il retient qu'il a ainsi manqué à son obligation de loyauté, tandis qu'aucun des reproches qu'il fait à son mandant n'est justifié ou établi; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, qui font ressortir que la rupture résultait du fait de l'agent, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé (...) ».

²²² Art L. 134-4 al. 2.

conclues par des actes matériels tels que la livraison, (...) le recouvrement d'impayés chez les clients (...). »²²³.

Ultimement, l'intérêt commun insuffisamment protégé contre les risques d'immixtion peut engendrer la requalification du « mandat » en contrat de travail; dans ce cadre, l'agent commercial, « intégré dans un service » organisé au profit du mandant, perdra toute indépendance. En échange de cet engagement, « le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat »²²⁴, autrement dit, lui fournir les moyens destinés à développer sa clientèle de façon adéquate et efficiente. Selon la jurisprudence, cette obligation se concrétise par la fourniture d'échantillons, mais plus que cela, de former l'agent afin qu'il maîtrise les produits ou encore d'offrir les conditions nécessaires pour qu'il puisse pratiquer des prix concurrentiels²²⁵. En outre, la contrepartie se solde le plus souvent par l'octroi de commissions dont les articles L. 134-5 à 10 règlent les modalités de sa délivrance.

Au total, l'agence commerciale présente une indépendance relative qui, selon les termes de Jean Guyénot²²⁶, est tempérée « (...) par les nécessités de l'exercice de la profession ». La doctrine française classe néanmoins ce contrat parmi les « contrats de dépendance »²²⁷. Cette approche doctrinale fut l'objet de confrontations au cours des débats parlementaire lors de l'adoption du projet de loi. À maintes reprises a été soulevée la question de la soumission des mandants aux intérêts des mandataires²²⁸.

Pour mesurer la dépendance possible de ce contrat, l'analyse de la rupture du mandat et des mécanismes de protection mis en place par le contrat seront examinés.

²²³ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 90.

²²⁴ Art. L. 134-4.

²²⁵ Voir sur ce point, D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 92.

²²⁶ Cité par, F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 157.

²²⁷ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 104, p. 91-103.

²²⁸ Pour une étude complète du sujet voir, F.-X. LICARI, *op. cit.*, note 6, p. 163.

§-2. *Les modalités de rupture et exportation de certains dispositifs protecteurs*

N'eût été la spécificité du statut d'agent commercial, le principe de la révocation *ad nutum* du mandataire se serait appliqué. En effet, le mandat ne se conçoit à l'origine que dans le cadre d'une relation de confiance²²⁹. Ainsi quand la « confiance vient à cesser, le contrat doit disparaître »²³⁰. En principe, la révocation du mandat n'engendre pas l'allocation d'une quelconque indemnité au mandataire évincé sauf abus. Mais le mandat peut être également irrévocable. Dans ce cadre, le mandataire a le droit à des dommages et intérêts sauf en cas de faute grave et à moins qu'elle ne soit à l'origine de la rupture. C'est le cas de l'agent commercial pour lequel le mandat est d'intérêt commun. Ce régime n'est toutefois pas en tout point semblable à celui prévu au code civil; d'ailleurs, la directive européenne ne s'y réfère pas. C'est là l'un des apports essentiels au statut. Cet apport a fourni en contrepartie les arguments nécessaires pour alimenter la thèse qui tend à réfuter la nature juridique du mandat aux agents.

Dans ces conditions, l'extinction de l'agence commerciale est soumise à un régime qui lui est propre. Il présente quelques originalités qu'il convient de décrire tandis que d'autres apports se rapprochent sensiblement des modalités de rupture rencontrées en droit du travail.

En premier lieu, l'agence commerciale est conclue pour un terme à durée déterminée ou indéterminée. Dans le cadre du contrat à durée déterminée, le mécanisme de reconduction tacite s'applique si le contrat continue à être exécuté par les deux parties

²²⁹ Ses origines romaines ne se démentent pas : l'amitié, la confiance, la gratuité.

²³⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Droit civil - Les contrats spéciaux, Paris, 9ème éd., éd. Cujas, 1995, 673 p., p. 300.

après le terme²³¹. Cette transformation n'est donc pas l'apanage du seul contrat de travail; elle est en l'espèce consacrée par le Code de commerce.

Mais la similitude et l'originalité ne s'arrêtent pas là. En effet, dans le cadre où les parties ont convenu d'une durée indéterminée, elles peuvent respectivement y mettre un terme à condition d'octroyer un préavis au cocontractant. Le législateur ne se contente pas d'énoncer le principe général d'un droit au préavis mais en détermine non seulement la durée en plus de prévoir que cette disposition est d'ordre public. Autrement dit, les parties ne peuvent prévoir conventionnellement en deçà des termes de la loi. L'analogie avec les dispositions propres au droit du travail est ici évidente :

Article L. 134-11 al. 3 : « La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes.

En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil.

Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent.

Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure. »

Mais là ne s'arrêtent pas les rapprochements entre ces deux contrats. Dans le cadre de son extinction, la législation érige en principe général **un droit à indemnité**. En conséquence, « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi »²³², sauf exceptions. Trois situations exonèrent le mandant de cette obligation, lorsque la rupture est imputable à

²³¹ Art. L. 134-11 Code de commerce.

²³² Art. L. 134-12 Code de commerce.

l'agent en cas de faute grave²³³ de sa part, ou bien lorsqu'il prend la libre initiative²³⁴ de démissionner ou bien au terme d'un an après la cessation du contrat. En effet, aux termes de la loi, l'octroi de cette indemnité est soumis à une prescription extinctive; en conséquence, l'agent devra en²³⁵ faire la demande dans les temps impartis. La curiosité du régime est d'accorder l'indemnité dans le cas où l'agent se retire pour raison de maladie par exemple (L. 134-12) encore qu'il faille ne pas retrancher de ces situations indemnisables les cas où l'agent met un terme au contrat en raison de circonstances qui lui sont imputables. Si l'origine de son retrait est dû à « l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée »²³⁶, à moins que l'agent n'ait masqué sa maladie contredisant ainsi l'obligation de bonne foi et de loyauté qui anime le contrat²³⁷. Pas plus que n'est exclue de l'indemnisation, l'arrivée à terme du contrat.

Sur le plan de l'analyse, cette dernière disposition déroute à plusieurs égards; d'une part, la portée sociale de cette disposition est indéniable et, d'autre part, cette approche

²³³ Voir à ce propos l'interprétation restrictive de la notion de faute grave et l'exigence de formalité requise par les juges de la Cour de cassation qui n'est pas sans rappeler la rigueur des juges en droit du travail sur le volet disciplinaire : « Mais attendu qu'après avoir retenu que la société Magne n'avait reproché aucune faute grave à son agent avant le procès, démontrant ainsi sa tolérance, de sorte que seuls peuvent recevoir la qualification de faute grave des faits parvenus à sa connaissance après la rupture des relations en janvier 1995, l'arrêt retient que les faits relatifs à l'hôpital de San Salvador, visés dans la lettre du 17 novembre 1999, ne peuvent être qualifiés de fautes graves ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé. », Cass. com. 11 juin 2002, n°1134 F-D, disponible sur le site de Legifrance.

²³⁴ En revanche, l'agent ne perd pas ce droit lorsqu'il est amené à démissionner en raison de l'attitude du mandant ou en raison de modifications substantielles au mandat (réduction du secteur; diminution des taux de commissions, en ce sens voir pour le non respect des clauses contractuelles par le mandant (notamment l'exclusivité du territoire) : Cass. com. 19 fév. 2002, n° de pourvoi 98-17332.

²³⁵ P. GRIGNON, *op. cit.*, note 210, p. 73, § 71.

²³⁶ Art. L. 134-13 2e

²³⁷ C.A. Caen Ch. civ. 14 fév. 2002 n° 00/02910, disponible sur le site de legifrance.

« remet en cause l'approche traditionnelle française du préjudice réparé par l'indemnité²³⁸ dont, jusqu'alors la volonté de rompre du mandant constituait la pièce maîtresse de l'ouverture du droit à réparation ». Cette bizarrerie législative n'a pas laissé la doctrine indifférente. D. Ferrier objecte à ce propos qu'aucun préjudice n'est subi par l'agent lorsque son contrat est rompu en raison de son indisponibilité ou de l'arrivée du terme du contrat.

En dehors des exceptions précitées, le principe fixe, aux termes de la loi, un droit général à une indemnité en réparation du préjudice subi, sans faute du mandant, au même titre que la législation du travail et, parfois, même au-delà de ce qu'elle pourrait prévoir. Ainsi une indemnité ou un délai préalable à la rupture du contrat doit être délivré sauf en cas de faute grave. Mais, là encore une fois, sur cette exception concédée par la loi, la jurisprudence en livre une lecture très restrictive. Sans doute, la symbolique attachée à cette indemnité ne serait pas étrangère à cette lecture rigoureuse. Elle viserait selon la doctrine à compenser le préjudice subi par l'agent, qui privé de « son marché », n'en récoltera pas les fruits puisque la clientèle restera attachée au mandant. Dans cette perspective, l'indemnité acquiert sa légitimité. C'est selon Grignon « un cas d'équité partageuse »²³⁹. Il y a selon l'auteur dans cette intervention une double logique, l'une idéologique vise à « rétablir le sens de l'équité »²⁴⁰, l'autre technique, « la conservation juridique d'une clientèle ».

Ainsi, la Cour d'appel de Versailles²⁴¹ a pu juger que, malgré une insuffisance de 26 % de l'objectif contractuel, « cette baisse d'activité de [l'agent], constatée sur la seule année 1995, si elle pouvait justifier la volonté de la société F. de mettre fin au contrat

²³⁸ La législation française a opté pour cette alternative plutôt que d'accorder une indemnité de clientèle qui était également proposée par la directive de 1986, art. 17-3.

²³⁹ P. GRIGNON, *op. cit.*, note 210, p. 178.

²⁴⁰ *Id.*, p. 181.

²⁴¹ C.A. Versailles 15/09/2000 *M. B.* c. *Sté F.*

d'agence commerciale ne saurait en aucune manière constituer une faute grave susceptible de faire perdre à l'agent le bénéfice de l'indemnité compensatoire »²⁴².

Cet objectif de protection et le caractère impératif de la législation communautaire ont été récemment réaffirmés dans l'affaire Ingmar GB Ltd²⁴³. Ainsi, l'agent commercial, qui a exercé son activité dans un État membre et dont le mandant est établi dans un pays tiers, se verra appliquer les dispositions de la directive nonobstant les termes du contrat qui prévoyaient une clause d'attribution de compétence du pays tiers. Cet arrêt confirme l'arrêt de principe Bellone et Yokohama SpA²⁴⁴.

En ce qui a trait aux commissions, l'agent commercial pourra encore en bénéficier même après le terme du contrat dans la mesure où les sommes correspondent au fruit du travail antérieur accompli (L. 134-7).

Enfin, durant la période post-contractuelle, l'agent peut être soumis à une clause de non-concurrence qui, là encore une fois, est largement délimitée et ne s'éloigne pas des préceptes énoncés en droit du travail.

« Article L. 134-14 Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat. Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat. »

Notons qu'en l'absence d'une disposition conventionnelle, la jurisprudence retient néanmoins une obligation implicite de loyauté, ce qui encore une fois démontre un rapprochement avec les solutions dégagées en droit du travail, et l'étendue de cette obligation :

²⁴² Nous soulignons.

²⁴³ C.J.C.E 09/11/2000 C-381/-98 Ingmar GB Ltd et Eaton Leonard Technologies Inc.

²⁴⁴ C.J.C.E 30/04/1998 C-215/-97 Barbara Bellone et Yokohama SpA.

« Mais considérant que si, même en l'absence d'interdiction contractuelle expresse, l'agent doit s'abstenir de concurrencer son mandant, cette obligation étant que la traduction de l'obligation de loyauté et de bonne foi inhérente au mandat, encore faut-il que les agissements dénoncés constituent de véritables actes de concurrence; »²⁴⁵.

Au total, le régime présente de nombreux recoupements avec le statut accordé au V.R.P. en vertu du Code du travail. Mais l'un figure dans le giron du Code du travail, l'autre dans celui du Code de commerce. Selon les termes de Didier Ferrier, le régime accordé aux agents est significatif du « caractère extensif de la protection sociale »²⁴⁶ dans la sphère du droit commercial. Est-ce à dire qu'il existe un bouleversement dans les fonctions des droits? Certainement²⁴⁷. Les mécanismes de protection s'insèrent dans un espace juridique qui, jusqu'à présent, a davantage eu de sensibilité à l'égard de l'autonomie

²⁴⁵ C.A. Versailles 12e ch. 26/06/1997, disponible sur le site <http://www.lanac.org>

²⁴⁶ D. FERRIER, *op. cit.*, note 2, p. 99, § 197.

²⁴⁷ Voir par analogie la thèse de Marie Stéphane PAYET, Droit de la concurrence et droit de la consommation, vol. 7, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Paris, éd. Dalloz, 512 p. : En particulier l'étude sur les finalités économiques et sociales du droit de la concurrence et du droit de la consommation, p. 17 à 112.

des parties qu'un souci à l'égard de l'équilibre des parties. La manifestation de cette évolution est visible dans l'octroi à l'agent commercial d'un socle de mesures sociales protectrices qui, selon Didier Ferrier, scellent l'existence d'une « **unité foncière du statut professionnel des distributeurs** »²⁴⁸.

²⁴⁸ D. FERRIER, op. cit., note 2, p. 99, § 197 (nous ajoutons le gras).





Le travail non salarié dépendant : étude de droit comparé France Canada

par

Urwana COIQUAUD

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle
à l'École des relations industrielles
Faculté des Arts et des Sciences
Université de Montréal

ET

à l'Institut de droit des affaires
Faculté de droit
Université d'Aix-Marseille III

Tome 2 de 2

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Ph.D. en relations industrielles
et
à la Faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit

Septembre 2004

© Urwana Coiquaud, 2004



HD

4815

05-

6774

7,953

2.2

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal
Faculté des études supérieures
et Université d'Aix-Marseille III
Faculté de droit

Cette thèse intitulée :

**Le travail non salarié dépendant : étude de droit
comparé France Canada**

présentée par : Urwana Coiquaud

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

PARTIE 3 - VERS UN DROIT DE LA DÉPENDANCE?

« Le droit est sorti de l'histoire comme une force (...) organisatrice. »¹

Une étude sur le travail non salarié dépendant comporte deux principaux écueils. Le phénomène observé est à la fois mouvant et complexe. Il s'inscrit dans une réalité économique, sociale et financière qui chaque jour ouvre de nouvelles clés de compréhension. Dès lors, dégager une cohérence globale dans ce contexte reste périlleux. Pourtant l'étude du travail non salarié dépendant s'est rapidement imposée comme un concept exploratoire, qui au fil, de l'analyse, n'a cessé de démontrer sa pertinence. À cette première difficulté partiellement maîtrisée s'en ajoute une autre, celle d'extraire à partir d'un concept exploratoire, des règles, un socle commun de dispositions propres à définir et à régir le travail non salarié dépendant dans une perspective comparée. Il s'est avéré que pour le Canada et la France, bien qu'ils présentent une faible tradition juridique commune, exception faite pour le Québec, l'analyse juridique comparée du travail non salarié dépendant fut à la fois riche d'enseignements mais aussi de réserves. Ces deux difficultés seront successivement exposées avant de valider l'hypothèse posée en prémisse à l'étude, soit l'existence d'un droit de la dépendance.

Réceptacle d'une conjonction d'éléments en pleine mutation, l'analyse des formes de travail non salariées dépendantes est complexe à décrire et à examiner. On peut néanmoins observer à la fois l'évolution du travail en soi (changement dans les modalités de travail), l'apparition de nouvelles formes de travail aux architectures nouvelles tant dans leurs modalités (télétravail) que dans leur objet (importance des techniques de distribution) et l'introduction de nouveaux liens et montages financiers complexes. Parallèlement à cette

¹Raymond SALEILLES, De la personnalité juridique . Histoire et théories, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, 2^e éd., p. 556.

configuration nouvelle du travail se greffent des formes de travail illégales qui tentent de camoufler la dépendance et soulèvent un autre problème, celui de la fausse indépendance.

Dans ce contexte, l'apport d'un portrait statistique² fiable pourrait être d'une grande utilité pour mieux appréhender cette réalité. Or, c'est là l'une des grandes difficultés rencontrées par les pays occidentaux. En effet, comment recenser une réalité en l'absence d'une proposition, d'un concept cohérent et suffisamment distinct des catégories déjà existantes? Faute de définition, le phénomène est imparfaitement mesuré; c'est alors l'impasse.

À cette difficulté commune s'ajoute celle de l'encadrement juridique. En effet, l'état du droit positif se présente, sous les mêmes auspices dans les deux pays : **une analyse juridique bipolaire** de la situation à savoir être salarié ou ne pas l'être. Les critères émis aux fins de distinction présentent une certaine similitude quant au contenu et à leur valeur. D'ailleurs, sur ce dernier plan, la notion de subordination juridique s'impose comme l'élément caractéristique du contrat de travail. Puis des indices viennent corroborer la présence d'un contrat de travail; parmi eux on trouve l'intégration organisationnelle, la dépendance économique, l'exécution personnelle et la propriété des outils. Ils permettent d'accroître la valeur probante du lien de subordination juridique pour qualifier le contrat de travail sans jamais pouvoir s'y substituer totalement. Ainsi, la dépendance économique bien qu'elle ait connu une percée significative dans la qualification juridique du contrat de travail respectivement au Québec et en France a été reléguée à la place d'indice. Ainsi, le travail salarié à l'intérieur de ses frontières démontre des caractéristiques qui ne diffèrent guère d'un pays à l'autre, pas plus que ne sont éloignés les principes qui

² O.I.T., Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (Le champ de la relation d'emploi), Document technique de base, Genève, 15-19 mai 2000 - disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/mewnpr.htm>; O.C.D.E., Perspectives de l'emploi, édition 2000, disponible sur le site : Chapitre 5, <http://www1.oecd.org>

animent sa construction et son déploiement, à savoir la volonté d'assurer des mécanismes de protection à ces travailleurs. En dehors de cette zone protégée, le contrat d'entreprise règne en maître.

Le contrat d'entreprise reçoit de la législation une définition assez neutre. De ce fait, il aspire la plupart des contrats de services qui alimentent de façon déterminante notre économie. Il « est un genre qui recouvre des espèces hétérogènes »³ rassemblées sous une catégorie juridique homogène. Il est, tout à la fois, le contrat qui gouverne la confection, la réparation, la transformation, l'entretien d'une chose matérielle. Ce contrat peut avoir aussi pour objet la délivrance d'un objet immatériel, les consultations médicales, les conseils en tous genres. À bien y penser, son domaine d'action est immense et certains auteurs le qualifient de « bonne à tout faire »⁴. Mais, au fil des années, il donne naissance à des contrats qui se spécialisent et se détachent de ces règles communes (p. ex. le contrat de franchise, de sous-traitance).

L'intérêt de porter attention à ce contrat tient précisément au fait qu'il devient le réceptacle presque exclusif des relations contractuelles nouvelles qui ne répondent pas aux caractéristiques du contrat de travail; en somme, il est une catégorie résiduaire, un contrat qui, en de multiples aspects, se distingue du contrat de travail. Antithèse du contrat de travail, il symbolise l'indépendance, la liberté de l'entrepreneur, le profit, la prise de risques et de responsabilités.

Pour les agents économiques qui souhaitent inventer, autour de nouveaux rapports économiques, dans un contexte nouveau⁵, une organisation juridique capable de répondre à

³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Cours de droit civil, Les contrats spéciaux Tome VIII, Paris, éd. Cujas, 1995, 675 pages, §700.

⁴ Id.

⁵ Hedva SARFATI, «Interaction between Labour Market and Social Protection systems: Policy Implications and Challenges for the Social Partners», (2003) 19 Summer The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations 253.

des agencements organisationnels novateurs, à une structure productive assouplie, le contrat d'entreprise constitue la structure d'accueil idéale. Il incorpore notamment la franchise, le contrat de consultation, la sous-traitance. Regroupé sous une seule catégorie juridique, le contrat d'entreprise, donne l'apparence trompeuse d'être homogène. Or, les conditions d'exercice de l'activité, les modalités et mêmes les règles qui le gouvernent sont d'une extrême diversité. Outre le contrat d'entreprise, d'autres formes contractuelles sont également exploitées comme le contrat de louage ou le mandat.

À partir des analyses menées précédemment, trois mythes sont aujourd'hui clairement ébranlés, d'une part, le caractère mutuellement exclusif du contrat de travail et du contrat d'entreprise, d'autre part, le caractère monolithique du contrat d'entreprise, et enfin le seul contrat d'entreprise comme catalyseur de tous les maux. La déconstruction de cette triple croyance se matérialise dans les faits par la présence d'une zone intermédiaire entre ces deux contrats. Au fil des ans, cette zone n'a jamais su établir une réelle bipolarité. Sans intervention législative, cette zone se serait franchement obscurcie. Avant de préciser le contenu de cette zone intermédiaire, il apparaît important de rappeler que de ce débat sont exclus les **faux travailleurs indépendants**.

La question du faux travail indépendant intéresse essentiellement la question de l'applicabilité des lois. Elle ne concerne donc pas directement le travailleur non salarié dépendant. Pour cette raison, il a été exclu de l'analyse. La question du faux travail indépendant est soit la manifestation de la faillite d'un système du moins en partie. Or, s'interroger sur la question du travail non salarié dépendant peut contribuer indirectement à endiguer la question du faux travailleur indépendant en atténuant certaines pathologies du système bipolaire.

En ce qui a trait à la « **zone grise** », certaines formes contractuelles entretiennent des rapports pour le moins confondants avec le salariat, ou bien s'en éloignent suffisamment

pour répondre de règles qui sont étrangères au droit du travail⁶. Elles sont une forme de compromis entre principalement le contrat de travail et le contrat d'entreprise et d'autres contrats. Là encore, des évolutions incessantes s'exercent sur les critères d'identification juridique dits stables. Elles relèvent alors davantage du droit commercial et du droit civil et la présence d'une zone intermédiaire trouble l'ordre juridique établi, mais dans quelle mesure?

La réponse s'établit en deux volets. D'une part, la construction spontanée d'une zone intermédiaire est loin de flatter l'orthodoxie du système juridique de travail dans sa facture actuelle. Au contraire, elle **défie le système en plusieurs aspects**. On peut penser à la protection sociale, à la représentation collective et, plus généralement, au droit du travail dans son ensemble. D'autre part, la création d'une zone grise appelle une réflexion, un défi, sur la découverte de **l'identité de ce travailleur**. Qui est-il? Quels sont ses besoins en termes de protection sociale? Quels sont les droits qui lui reviennent? Chacun de ces deux volets peuvent désormais être précisés.

En premier lieu, l'ensemble du système juridique du travail est aux prises avec cette dichotomie conceptuelle consacrée par la législation entre le travail salarié et le travail indépendant. Or, cette alternative du tout ou rien, à laquelle se heurte l'ensemble de la doctrine et de l'activité prétorienne, semble désormais dépassée. Le travailleur salarié peut aujourd'hui fonctionner par projet en ayant une latitude proche de celle d'un consultant, tandis qu'un travailleur autonome, un franchisé peut se voir imposer nombre d'exigences et de façon de faire qui compromettent sa liberté de choix ainsi que son autonomie. Cette alternative dans les faits se dissipe.

Par contre, le régime de protection sociale auquel est attaché chaque statut conserve en partie cette alternative créant ainsi une distorsion importante sur le marché du travail et des biens et services. Que l'on envisage les lois dites sociales, à savoir les assurances sociales,

⁶ Voir Partie I et II.

le régime propre aux modalités de réparation des risques liés au travail, au régime d'assurance vieillesse, maladie et maternité, le régime de responsabilité civile, le régime fiscal, ou bien la compétence judiciaire spécialisée en cas de litige entre les parties ou encore l'accès **au régime des rapports collectifs** de travail⁷, l'ensemble de ces mécanismes de protection est le plus souvent tributaire de la distinction faite entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise. Mais peut-on opposer un différentiel de traitement à des contrats qui dans les faits peuvent être très proches?⁸

- La question revient à déterminer, en quoi la « zone grise » présente une entité suffisamment caractéristique pour justifier une existence propre?
- En second lieu, il convient de s'interroger sur la nature du travail non salarié dépendant.
- Quelle est la réalité de cette relation contractuelle dépendante en dehors du seul travail salarié? Les contrats de dépendance ont-ils des caractéristiques communes qui permettent d'en faire l'analyse? Existe-t-il une cohérence entre eux?
- Quels sont les modes de régulation déployés et à déployer?
- Peut-on envisager un statut pour ces travailleurs?

Il y a certainement parmi les questions posées ci-dessus certaines qui trouveront réponses dans le droit du travail et d'autres qui pourront être abandonnées à la création d'un régime distinctif : un droit de la dépendance.

Sur ce volet notre hypothèse de départ posait au commencement l'existence d'un droit de la dépendance. Peut-on à la lumière des analyses faites antérieurement postuler la seule existence de ce droit? Si oui, cela signifie que l'on peut dégager une certaine uniformité dans l'appréhension du travailleur non salarié dépendant et cela suppose également l'adhésion à des principes communs, distincts des corpus existants et la conclusion de contrats caractérisés par le travail dépendant.

⁷ Fernand MORIN, « Le « salarié » selon le Code du travail ! Qui peut-il être? », dans Élargir le Code du travail, Actes de la 10^e journée de droit social et du travail, 14 mai 1999, Département des sciences juridiques, U.Q.A.M., Centre Juris inc., p. 11 et suiv.

⁸ Supra, partie préliminaire.

Or, à l'heure actuelle, on parvient, selon toute évidence, à dégager des problèmes, des difficultés de qualification juridique, des inquiétudes réelles face aux mécanismes de protection du travail et sociale, aux modalités de financement mais les réponses restent imprécises, les remèdes sporadiques. Dès lors, en l'état actuel du droit positif, peut-on mettre en évidence une série de règles spécifiques et cohérentes au point de parler d'un droit de la dépendance? Peut-on face à la diversité des manifestations du travail non salarié dépendant et à la pluralité de remèdes faire ressortir une **cohérence théorique au sujet du travail non salarié dépendant?**

La réponse à cette question est non; au mieux, il est possible de dégager une identité du travail non salarié dépendant et prescrire une série de principes généraux qui devraient gouverner l'évolution de ce régime embryonnaire.

Face à ces défis, l'évolution du droit et plus précisément celle du droit du travail est interpellée. Plusieurs options peuvent être envisagées; elles vont du statu quo à un élargissement du droit du travail, à sa refonte ou encore à la création d'une troisième catégorie de travailleurs. Ces quatre options seront sommairement présentées pour finalement retenir une approche combinée qui allie travail conceptuel sur le sujet et traitement adéquat.

Le statu quo. Dans une telle hypothèse, les difficultés juridiques, sociales et pratiques auxquelles nous sommes confrontés à ce jour ne seraient pas davantage résolues. On peut certes tabler sur les bienfaits du temps pour éclaircir une situation de fait encore inextricable à bien des égards. Ce n'est pourtant pas là une démarche à retenir d'autant plus que dans cette perspective la réponse consiste « à s'arc-bouter sur la défense des formes de travail encore protégées par le statut classique de l'emploi ». Immanquablement, cette stratégie creuse les disparités entre le régime salarial et les autres et emporte une « (...) [c]onséquence ruineuse à la fois pour le droit du travail, qui abandonnerait ainsi sa vocation

à réguler le régime général du travail, et pour la cohésion sociale (...) »⁹. Cette stratégie du laisser-faire peut néanmoins conduire à une régulation. Faute de régime adapté et satisfaisant, les parties peuvent s'organiser spontanément, comme cela a été le cas au Québec pour le régime des artistes. Dès lors que faut-il craindre ou espérer dans le déploiement de telles initiatives?

L'avantage de ces régimes consiste à consacrer une création contractuelle issue de la pratique. L'utilité et le pragmatisme de telles solutions sont séduisants. Par contre, il faut réunir des conditions bien particulières pour que de telles revendications prennent forme. Il faut un regroupement de travailleurs ce qui, la plupart du temps est impensable pour les indépendants. En outre, ces initiatives spontanées créées à force de revendications homogènes restent locales mais démontre l'importance de la prise en compte des **intérêts catégoriels**. Elles intéressent le plus souvent un secteur, une industrie, un métier; difficile dès lors d'inférer de telles solutions à un niveau plus global, et difficile également de repousser l'incontournable question des frontières entre les régimes spécifiques.

Comment dans cette perspective pourrait-on imaginer maintenir un principe d'équité à travers une série de régimes locaux? En outre, la promotion de ces initiatives relègue aux oubliettes toute tentative en vue de créer une identité du travailleur non salarié dépendant et peut renforcer un mode de régulation dit « léger », *soft law*. Ce sont là deux dérives contre lesquelles il faut se prémunir en plus de celle de favoriser et légitimer la démission, le désengagement des pouvoirs publics face à une telle évolution.

Globalement, l'approche du statu quo comporte des inconvénients majeurs; elle exacerbe les tensions sociales, donne naissance à des regroupements spontanés qui n'auront d'homogénéité ni dans leur action, ni dans les modes de régulation. Ce danger, notons-le au passage, guette davantage le Québec qui a eu en la matière une tradition plus ancrée que la

⁹ Robert CASTEL, « Droit du travail : redéploiement ou refondation », 1999 (5) Droit social 438.

France sur l'organisation autonome des relations industrielles¹⁰. Il faut donc composer avec ces particularités.

La seconde option, celle d'un « **redéploiement** » du droit du travail selon les termes de Robert Castel¹¹, consiste en « un assouplissement et (l') extension »¹² du droit du travail. On peut considérer que l'état actuel du droit positif s'est largement orienté vers cette voie, que ce soit l'élargissement du lien de subordination juridique ou bien l'intervention législative pour incorporer un concept plus large que « salarié » ou encore l'introduction de régimes de travail spécifiques. Cette stratégie ne semble malheureusement pas ouvrir les portes à une réflexion globale qui permettrait de sortir définitivement des difficultés.

En revanche, ce courant doctrinal n'est pas un tout homogène et il est parfois difficile de dégager une adéquation parfaite entre la volonté des auteurs de redéployer le droit du travail et les mesures qu'ils proposent. Le plus souvent ces mesures s'appuient sur l'existant. En ce sens, la « révolution » est partielle puisque l'on compose avec les acteurs et les institutions en place. Mais n'est-ce pas là finalement la voie de la sagesse, à savoir bâtir le redéploiement du droit du travail sur l'existant, compter sur sa capacité évolutive pour mieux évoluer?

En dernier lieu, la troisième option celle de la « **refondation du droit du travail** » consisterait en un « déplacement de l'assise du droit du travail »¹³. Ce déplacement se traduirait alors par une nécessaire dissolution de la frontière existante entre les travailleurs

¹⁰ Alain SUPLOT (dir.), Transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe - Rapport final issu du groupe d'experts institué par la D.G.V. de la Commission européenne, p. 13 du document interne; récemment publié sous le titre, Au-delà de l'emploi - Rapport de la Commission européenne, Paris, éd. Flammarion, 1999, 320 p.; § 576, p. 147.

¹¹ R. CASTEL, loc. cit., note 9, 438-453.

¹² Id., 439.

¹³ Id.

salariés et les travailleurs autonomes¹⁴. Cette alternative semble aujourd'hui la voie prônée par une partie de la doctrine européenne mais aussi nord-américaine, laquelle trouve un écho favorable auprès de la doctrine britannique fort probablement en raison de leur filiation juridique. Cet élan doctrinal repose sur des principes généraux communs, celui de rebâtir le droit du travail à partir de nouveaux concepts qui élimineront la distinction traditionnelle entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise.

Le rapport Supiot et le rapport Boissonnat s'intègrent davantage dans ce courant¹⁵. Dans les deux cas, les travaux des auteurs oeuvrent nettement en faveur d'un déplacement des assises protectrices attachées au travail, à sa permanence, et à la personne du travailleur. L'«état professionnel» devient le dénominateur d'une matrice qui a non plus pour élément clé l'autonomie ou la subordination du travailleur mais les activités quelles que soient leur espace-temps. Le temps capte l'activité du travailleur sans égard à ses périodes de non-emploi ni au type d'occupation¹⁶. «Ces propositions prolongent et radicalisent celle du «contrat d'activité» du rapport Boissonnat. Ce n'est plus un pool d'entreprises qui garantirait, pour une période limitée la continuité et la trajectoire de leurs employés». C'est un droit permanent qui assurerait, à travers l'alternative d'emplois salariés ou indépendants, de temps de formation, de travaux bénévoles et d'utilité publique et aussi de périodes d'inactivité, choisies ou contraintes, la continuité du statut de la personne.»¹⁷. Cette

¹⁴ «The longer-term implication of its use may be dissolve entirely the traditional boundary between employees and self-employed (...)», dans Simon DEAKIN, «The Many Futures of the Contract of Employment», Cambridge, Working Paper n° 191, Centre for Business Research University of Cambridge, déc. 2000, 31 pages, p. 19, disponible sur le site : <http://www.cbr.cam.ac.uk>

¹⁵ Quoique sur ce point certains auteurs émettent des réserves à cette classification; voir à ce propos : Jean LOJKIN, «À propos du rapport Supiot» (1999) Droit social 669.

¹⁶ «(...) un état professionnel accompagnant les personnes du berceau à la tombe», dans Alain SUPIOT, «Du bon usage des lois en matière d'emploi» (1997) 3 Droit social 229-242.

¹⁷ R. CASTEL, loc. cit., note 9, 439.

approche en plus de mettre en place les « droits des tirages sociaux »¹⁸, consacrerait la liberté concrète du travail¹⁹, et préconise donc un régime unitaire qui se distingue nettement des vues précédentes. Par contre, cette ambition doctrinale appelle certaines critiques ou réserves.

Ces propositions, si elles sont suivies dans leur ensemble, nécessiteront de profonds bouleversements tant à l'égard des systèmes de régulation en place, que du rôle de l'État et des modes de participation des acteurs sociaux²⁰ en particulier au Canada. Or, il semble qu'en l'état actuel des choses ni les partenaires sociaux, ni l'État, ni le législateur ne sont prêts à entreprendre une telle révolution.

Les trois courants, que nous avons appelés respectivement, les réformateurs, les radicaux, les fondamentalistes, correspondent à des degrés d'évolution paradigmatiques chaque fois plus élevés pour atteindre le caractère de « révolution » représenté par le dernier courant. Ceci nous amène à proposer une dernière option, celle **d'une nouvelle régulation de la zone grise**, une régulation du travail non salarié dépendant, située entre le « redéploiement » et la « refondation ».

Cette dernière option ne remet en cause ni la régulation propre au travail salarié ni celle en vigueur pour le travail indépendant. Elle s'inspire de « la théorie des contrats de dépendance » pour proposer une solution réaliste capable de tenir compte des faits tant à l'égard du besoin de protection de ces travailleurs que de leur identité. Elle doit en outre pouvoir évoluer dans le temps puisque ni les données statistiques ni l'analyse sociologique pas plus que celle juridique ne nous permettent de dresser un portrait fidèle et stable de ce

¹⁸ Ce sont des droits individuels, gérés collectivement, mutualisés qui permettent de garantir l'octroi de protection, de garanties y compris durant la période de non activité, de formation, tout en facilitant les transitions entre les différents employeurs.

¹⁹ Alain SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination » (2000) 2 Droit social 131-145, p. 144.

²⁰ On pourrait même parler d'une révolution paradigmatique au sens de Kuhn.

type de travailleurs. La sphère du droit des contrats ne reste pas de son côté insensible à cette poussée en faveur d'un rééquilibrage du contrat. Pourquoi se priver de cette réflexion doctrinale et de ces expériences pratiques alors même que l'objet de recherche touche aux sphères? Des leçons réciproques sont à tirer et peuvent contribuer à une meilleure connaissance et compréhension du phénomène de l'encadrement juridique du travail pris au sens large.

L'analogie entre ce qui se produit en droit des contrats est à la fois instructif et interdépendant de l'évolution que connaît le droit du travail. De la même façon, les solutions à apporter doivent s'inspirer du travail effectué dans ce même sens par chacune des sphères. L'avènement du contrat d'adhésion est le stigmate de l'une de ces évolutions du droit des contrats. Le droit des contrats s'est, en effet, progressivement détaché de la théorie de l'autonomie des parties pour infléchir les conséquences pratiques attachées à cette règle. Cette solution semble avoir porté en partie ses fruits. La question demeurerait toutefois en suspens pour la relation entre professionnels où les mécanismes de protection du contrat d'adhésion n'avaient aucune prise. Seul le binôme, liberté contractuelle et autonomie de la volonté, agissait comme principes structurants d'où une distorsion de plus en plus nette entre, d'une part, les contrats établis entre professionnels et, d'autre part, ceux entre professionnels et particuliers.

Au cœur du débat, on assiste à un affrontement entre **deux thèses**. La première justifie un interventionnisme en raison de la « subordination professionnelle illégitime » « faite au détriment de l'assujetti qui se voit contraint d'accepter certaines stipulations »²¹, une clause d'exclusivité par exemple. Dans ce cas, « la dépendance économique [est] renforcée car elle conduit nécessairement à un retrait du marché et d'une manière générale, de la vie contractuelle extérieure aux relations ainsi établies. Il s'ensuit que sa possibilité de survie

²¹ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p., p. 146, § 206.

après la cessation des liens contractuels devient aléatoire (...) »²². En somme, ces contrats deviennent « le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique »²³. À l'inverse, les partisans de l'autre thèse légitiment la nécessaire collaboration économique entre partenaires. Cette imbrication doit se comprendre comme l'adhésion « à un projet professionnel » et « (...) l'efficacité du réseau passe par la réalisation effective du devoir de contrôle du maître d'œuvre, agissant en qualité de chef de file à l'égard des membres intégrés. »²⁴. C'est « l'intérêt commun » qui justifie cette collaboration. Cette théorie n'est pas exempte de critiques²⁵ mais permet de poser une réflexion sur l'encadrement de ce type de relation. Dans quelle mesure l'intérêt commun justifie-t-il l'intervention du maître d'ouvrage? Et à quel degré? Il semble que tout soit une question de mesure.

Aussi, cette proposition entend réunir des formes de travail hétérogènes qui, exclusion faites des faux indépendants, présentent des caractéristiques de « mise au travail », des modalités de travail propres qui les écartent des modes de régulation du travail salarié classique. L'objectif est d'associer à cette forme de travail flexible « une relation positive » entre l'efficience économique et une flexibilité du travail »²⁶, relation qui trop fréquemment aboutit à l'opposition « flexibilité et sécurité »²⁷. Proposer un nouveau mode de régulation pour le travail non salarié dépendant requiert évidemment d'identifier le travail non salarié dépendant (**Chapitre 1**) pour, dans un second temps être en mesure de présenter un traitement qui lui soit propre (**Chapitre 2**), et ce qui en partie gommerait le

²² *Id.* p. 147, § 209.

²³ René CABRILLAC « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mélanges dédiés à G. Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 pages, p. 166.

²⁴ Laurence AMIEL COSME, *Les réseaux de distribution*, vol. 256, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995, 404 pages, p. 280.

²⁵ Marc COURTES, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de Montpellier, 1999, 521 pages, p. 161.

²⁶ Antoine JEAMMAUD, « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », (1999) 5 *Droit social* 450.

²⁷ Alain SUPIOT (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 185.

clivage existant entre le droit civil ou les principes de common law et le droit du travail plus protecteur.

CHAPITRE 1 - L'IDENTIFICATION DE LA RELATION DE TRAVAIL NON SALARIÉE DÉPENDANTE

« (...) ceux qui peuvent associer individualisme et indépendance parce que leur position sociale est assurée, et ceux qui portent leur individualité comme une croix parce qu'elle signifie manques d'attaches et absences de protections. »²⁸

Compte tenu de la faillite du système de régulation du travail existant à ce jour (Section 1), une nouvelle forme de régulation s'impose au profit du travail non salarié dépendant (Section 2).

Section 1 - Les préalables à la détermination de la nature de la relation de travail non salariée dépendante

À la lumière des cas présentés au cours de cette recherche qui, à ce jour, constituent ce qu'il est convenu d'appeler la « zone grise », il semble que ce qui caractérise le mieux l'entrepreneur non salarié dépendant reste sa flexibilité organisationnelle (détermination de la conduite de son activité, de son lieu de travail, de ses horaires) et une forme de dépendance à l'égard du « donneur d'ouvrage », du chef de réseau quant à son autonomie de gestion et de décision.

²⁸ Robert CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale - Une chronique du salariat, coll. « L'espace politique », Mesnil-sur-L'Estrée, éd. Fayard, 1995, 490 p., p. 474.

Selon toute vraisemblance, il mène une vie entrepreneuriale. En réalité, le « décollage » de sa vie entrepreneuriale peut le positionner dans une situation de faiblesse inhérente à la phase de démarrage de l'entreprise liée, par exemple, à la méconnaissance des pratiques d'un secteur ou à un manque de préparation. Ce n'est pas le seul moment de faiblesse. La nature des rapports contractuels tissés ou bien l'état du marché peuvent faire en sorte que le donneur d'ordre ou le franchiseur impose des façons de faire au point où l'entrepreneur ne dispose plus de la latitude suffisante pour gérer son activité comme un entrepreneur le ferait. Il accepte, par exemple, en toute connaissance de cause, des conditions désavantageuses à son endroit. Les raisons sont de divers ordres; cela peut aller de la puissance économique du partenaire sur le marché à l'état de besoin de l'entrepreneur. Dès lors, il n'est plus en mesure de trouver une solution à son problème. Ces contraintes dépassent celles de la vie normale d'un entrepreneur indépendant, elles trouvent leur source dans les rapports avec le maître d'œuvre ou le client principal ou le chef de réseau. C'est la raison pour laquelle les caractéristiques de cet entrepreneur non salarié dépendant requièrent la sollicitude du législateur, du juge, car cette faiblesse, quoique relative, existe. Le droit du travail l'a démontré à trois reprises que ce soit dans la caractérisation du contrat de travail au cours du temps (§-1), dans ces modes de détermination (§-2), ou encore dans les aménagements législatifs qu'il a nécessité (§-3), la situation reste insatisfaisante.

§-1. Parce que l'histoire du travail est parsemée d'ambiguïtés, de difficultés à distinguer le contrat de travail des autres formes contractuelles, notamment du contrat d'entreprise

À l'origine de l'ambiguïté, il y a surtout une incompatibilité, celle d'isoler le travail salarié de la personne qui l'effectue. Le travail humain ne peut, en effet, faire l'objet d'aucun commerce puisque le travail de l'individu est résolument associé à sa personne. Dès lors, la question qui se pose est de déterminer dans quelle mesure le travail désigné comme ouvrage peut, à l'instar des autres biens, être vendu, échangé? Il fallait pour ce faire dégager une notion capable de donner au travail une dimension suffisamment neutre pour être objectivable. La notion de subordination juridique a ce mérite, celui de permettre « l'objectivation de la force de travail »²⁹. Elle permet à la fois de faire exister le contrat de travail, de le distinguer. Il ressort de cet exercice l'importance du lien entre, d'une part, **le travail d'une personne et, d'autre part, l'activité économique générée.**

Ainsi, lorsqu'il n'existe aucune séparation entre le travail d'une personne et l'activité économique, on est en présence d'un contrat de travail. À l'inverse, l'activité économique qui se détache de la personne au travail ne répond plus des règles du droit du travail mais de celles du droit civil et du droit commercial. Lorsque l'entrepreneur, par son travail personnel, génère une forme de revenu associé à l'activité économique qu'il déploie, que cette activité économique acquiert sa propre vitalité et autonomie de déploiement, alors il ne relève plus du droit du travail.

²⁹ Thierry REVET, La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Biblio. de droit de l'entreprise », Paris, éd. LITEC, 1992, 727 p., p. 127.

En l'état actuel du droit positif, l'activité économique déployée et exercée de façon autonome perd théoriquement toute vulnérabilité, source de mécanismes de protection. Or, plus tôt l'analyse des formes de travail a démontré la fausseté de cette affirmation et a permis de mettre en lumière que le travail personnel effectué pour le compte ou sous la coordination de plusieurs donneurs d'ordre peut être source d'insécurité. Or, le plus souvent le besoin évident de protection de ces travailleurs reste sans réponse. C'est donc cette double prémisse, véhiculée par le droit traditionnel qui nous apparaît à la fois critiquable et dépassée : soit, l'activité entrepreneuriale et le détachement de la personne du travailleur, et l'entrepreneur et l'auto-protection.

§-2. Parce que le critère distinctif du contrat de travail a évolué et sa cohérence conceptuelle s'en trouve affaiblie

Avant toute chose, il convient de préciser le sens attaché au mot **dépendance**. Couramment il s'agit de ne pas pouvoir se réaliser dans l'action sans l'intervention d'une personne, d'une chose; en somme, une forme d'assujettissement, d'asservissement. Il y a quelques années, au Québec, le juge J. Alfred Crowe, dans l'affaire Giguère³⁰, définissait la subordination comme étant « l'ordre établi entre les personnes et qui rend les unes dépendantes des autres. ». En droit du travail, cette forme d'assujettissement est caractérisée, en amont du contrat de travail, comme une forme de déséquilibre de pouvoir inhérent à la relation. Une fois le contrat établi, on parle de subordination juridique et, cette notion est un « standard »³¹ « [qui] n'est pas directement mesurable dans une unité

³⁰ Syndicat des Vendeurs d'automobiles du District de Québec (CSN) c. Giguère Automobiles, [1967] R.D.T. 321.

³¹ « Le standard a pu être décrit », écrit Serge Frossart « comme un « terme anglais signifiant « niveau, modèle, moyenne » parfois utiliser pour désigner un norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, (une) notion cadre ». D'autres l'ont perçu comme un terme « difficile à définir avec précision désignant la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est

universellement admise »³², soit une référence à ce qui est normal. Ce modèle référentiel, cette construction caractéristique du contrat de travail, n'est pas neutre. Il appartient à un paradigme lequel pose le **pouvoir** issu du contrat comme une variable essentielle à la détermination du contrat de travail. Ce concept se décline en plusieurs dimensions comme, par exemple, le pouvoir directionnel, disciplinaire et hiérarchique. Pour illustrer ce point, soulignons une autre affaire au Québec, Ville de Brossard, dans laquelle le juge Brière³³ précisait :

« La subordination, c'est le fait d'être soumis à la puissance d'un autre (...) une puissance susceptible de se manifester par l'exercice soit d'un pouvoir de direction, surveillance ou contrôle sur l'exécution d'une tâche, soit d'une autorité disciplinaire sur un subalterne, soit simplement de la faculté de "libérer" le subordonné de sa dépendance en mettant fin à la relation, c'est-à-dire effectivement en le renvoyant (...) »

Cette approche centrée sur l'analyse du pouvoir issu de la relation contractuelle est qualifiée par Leonardi³⁴ d'« hétéro-directionnelle ». L'auteur entend par ce terme l'analyse des différentes formes de pouvoir. En effet, progressivement des éléments dits « **relationnels** » ont été incorporés. Ils dépassent le cadre du « contrôle strict ». Par exemple, « l'appartenance à un service organisé » répond davantage à une analyse juridique **post-fordiste** de la relation de travail salariée.

Cette évolution appelle un constat et une critique. En premier lieu, on constate qu'une multitude d'indices ont été avancés par les tribunaux au fil du temps pour caractériser le contrat de travail. Et, derrière l'unicité de la notion cadre s'engouffre donc une série de

communément admis dans le groupe social » Serge FROSSARD, Les qualifications juridiques en droit du travail, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 30; cf. supra partie préliminaire; chapitre 2 section 2.

³² Id., p. 30-31.

³³ [1990] T.T. 337, p. 381.

³⁴ Salvo LEONARDI, Télétravail et droits de base (document non publié), 17 pages, disponible sur le site : [http //www:iwerf.be](http://www.iwerf.be)

réalités aux contours divers³⁵. Parmi celles-là, certaines pourraient fort bien accréditer sur un plan sémantique la seule thèse de la dépendance économique ou encore la dépendance financière ou organisationnelle. D'ailleurs tout récemment Blouin³⁶ soulignait l'attention particulière, accordée par les organismes décideurs à ce sujet :

« (...) à l'aide d'éléments économiques plutôt que de strictes données de contrôle technique sur l'exécution d'une prestation de travail (...) en un mot il s'agit de savoir s'il y a possibilité de capitalisation, c'est-à-dire de décider si dans les faits le travailleur est placé dans une situation telle qu'il peut opérer en tant qu'entreprise réelle ou virtuelle.»

La cohérence le concept de subordination juridique n'est pas seulement remise en cause par l'évolution du droit du travail, elle est aussi menacée par l'introduction successive de régimes spéciaux. Or, aujourd'hui évoquer une remise en cause de « la notion clé », contribuerait à fragiliser un pilier fort, sinon essentiel, du droit du travail. Le prix à entamer une telle révolution apparaît trop lourd. D'où l'importance de dépasser ce cadre, saisir les données en dehors du droit du travail.

§-3. Parce que les aménagements effectués par le droit du travail, notamment, l'élaboration de régimes spéciaux, masquent une pluralité d'aménagements qui fragilise la cohérence conceptuelle et pratique du droit du travail

En plus de l'évolution de la notion de subordination juridique, d'autres infléchissements, mais cette fois-ci législatifs, ont été observés. Alors qu'en France,

³⁵ Débat qui avait eu lieu en France au sujet de l'abandon du critère de subordination juridique au profit de la dépendance économique. Débat auquel il fut mis un terme en 1931 par un arrêt de la Cass. civ., 6 juil. 1931 (1931) D.P. 121, note de Pic. et (1931) I G.P. 817.

³⁶ Rodrigue BLOUIN, « La C.R.T., le concept de salarié et les nouvelles réalités d'exécution du travail subordonné », Développements récents en droit du travail, Service de la formation permanente Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 153.

l'introduction de régimes dérogatoires revêt une dimension presque traditionnelle³⁷, c'est au contraire une technique isolée apparue plus récemment au Québec³⁸. Cette technique consiste à remédier aux incurries de la notion cadre, à sortir du cadre trop orthodoxe des critères afin de doter ces formes de travail d'un statut spécifique libérateur de droits, de protection sociale. Autrement dit, **il s'agit de neutraliser la situation de dépendance en rétablissant de façon autoritaire le déséquilibre contractuel**, en ouvrant le bénéfice des mécanismes de protection sociale. Dans ce cadre, des incursions ont été pratiquées par le droit du travail dans des secteurs qui naturellement ne lui étaient pas destinés, empruntant des caractéristiques contractuelles qui lui étaient étrangères³⁹, par exemple, l'octroi d'une indemnité de clientèle en cas de résiliation du contrat de représentation commerciale du fait de l'employeur⁴⁰. Mais plus que cela, la mise en place d'une réglementation spécifique et impérative en droit du travail révèle que certaines relations contractuelles échappent à ce droit et requièrent des mécanismes de protection *ad hoc*.

D'une certaine façon, cette intervention législative démontre les limites à la fois pratique et conceptuelle de la notion cadre. Or, aujourd'hui, **nier le besoin de protection du travail non salarié dépendant**, c'est faire fi des considérations générales⁴¹ de « justice et de morale », de « liberté et dignité humaines ». Il faut prendre en considération des éléments plus spécifiques, à savoir « (l)a protection des fruits de l'activité économique »⁴² de certains

³⁷ La France comprend un Livre à l'intérieur de son Code du travail auquel se rattachent de nombreux statuts spécifiques dont la plupart sont apparus dans les années 30, 40. Voir *infra* les développements sur le travail à domicile, et les V.R.P.

³⁸ Au Québec, l'intervention législative destinée à l'élaboration d'un régime de travail dérogatoire au Code est restée marginale, et relativement récente : voir *infra*, les artistes : les chauffeurs de taxis.

³⁹ *Infra*, Partie 1, chapitre 1, sur le travail à domicile.

⁴⁰ Art. L. 751.9.

⁴¹ Marcel FONTAINE, « Rapport de synthèse », dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges*, vol. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 623-624.

⁴² *Id.*, p. 624.

travailleurs par la reconnaissance de leur apport en clientèle ou en fonds propres ou, enfin, leur simple besoin de sécurité. Or, ce besoin de protection est incontestable dans la mesure où le travail non salarié dépendant peut être identifié. Les prochaines lignes s'attacheront précisément à ce dernier aspect.

Section 2 - Nature du travail non salarié dépendant et proposition de définition

L'exercice conceptuel réalisé alentour du travail non salarié dépendant dépasse le cadre de nos frontières nationales. En effet, une réflexion internationale sur cette question vient tout juste de se faire lors de la dernière tenue de la Conférence internationale du travail (§-1). Cette réflexion a également donné naissance à une étude pan-européenne sur le travail économiquement dépendant. Elle a permis de mettre en exergue différentes initiatives déployées par certains États en vue d'accorder une meilleure régulation de cette forme de travail (§-2). Ces deux points seront successivement retracés pour finalement proposer une définition du travail non salarié dépendant (§-3).

§-1. Les avancées internationales

L'O.I.T.⁴³ proposait en l'an 2000 plusieurs questions susceptibles de mieux cerner les indépendants en situation de dépendance :

« Quels sont les liens qui existent entre les fournisseurs? Quelles sont les conditions d'accès aux moyens de production de base? Le ou les conditions de leur utilisation, le fait que l'intéressé en est ou non propriétaire? Quel est l'exercice par les tiers de prérogatives touchant à l'organisation et à la

⁴³ O.I.T., Programme focal sur le dialogue social, la législation du travail et l'administration du travail, Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection, Genève, 15-19 mai 2000, 74 pages, p. 40, § 48, disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/mewnpr.htm>

direction du travail ou de l'activité? Combien le travailleur compte-t-il de clients, un seul ou un nombre limité? »

Plus tôt, en 1997, à l'occasion de la 85^e C.I.T., une définition du travail à contrat avait été proposée. Il s'agissait d'un :

« (...) travail accompli personnellement dans un rapport de dépendance ou de subordination vis-à-vis de l'entreprise utilisatrice, dont les conditions seraient similaires à celles qui caractérisent la relation de travail régie par le droit national et les pratiques en vigueur, mais dans le cadre desquelles le lien entre travailleur et entreprise utilisatrice n'est pas reconnu. ».

Les propositions faites dans ce cadre avaient pour objectif d'élargir le champ d'application des lois du travail et d'établir un corpus de règles protectrices. Malheureusement, la difficulté de la tâche, en raison même de la complexité de l'objet touché ainsi que de la diversité des situations vécues par les pays, a finalement eu raison de cette initiative. En 2003, sur cette question, une nouvelle fois abordée, la Conférence internationale du travail conclut que « cette catégorie juridique hypothétique existe en tant que telle dans tous les pays étudiés »⁴⁴. Le phénomène de la « dépendance dans l'indépendance » mis en relief par différents auteurs permet de dégager quelques critères » à savoir les liens qui existent avec les fournisseurs et les clients, les conditions d'accès au moyen de production de base propres à l'activité ou les conditions de leur utilisation, le fait que l'intéressé en est ou non propriétaire, l'exercice par des tiers des prérogatives touchant à l'organisation et à la direction du travail ou de l'activité, et le fait que le travailleur compte un seul client ou un nombre limité de clients »⁴⁵.

Sur le plan de l'analyse, la définition présentée offre comme cadre référentiel distinctif le contrat de travail. Cette proposition a le mérite de soulever cette question sur le plan international, de cerner un problème encore difficilement palpable mais pour lequel des

⁴⁴ O.I.T, Le champ d'application de la relation de travail, Conférence internationale du travail, 91^e session 2003, Rapport V, p. 40/74 § 48 disponible sur le site :

<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/reports.htm>

⁴⁵ Id.

solutions sont nécessaires et réclamées. En revanche, on peut déplorer sa filiation avec le contrat de travail qui aboutit à ne dégager aucune identité propre à cette forme de « mise au travail ».

§-2. *Les expériences nationales*

Parmi les expériences nationales, certaines ont eu pour objet de définir un nouveau sujet de droit; c'est le cas de deux pays l'Italie et l'Allemagne.

Dans ce dernier pays, la législation reste silencieuse quant à la définition du contrat de travail; ce sont les tribunaux qui ont précisé les contours du salariat. Le Bundesarbeitsgericht, soit la Cour fédérale allemande du travail, analyse pour sa part le degré de **dépendance personnelle** « Personal dependency »⁴⁶ afin de qualifier la relation contractuelle.

Le droit allemand prévoit une **catégorie intermédiaire de travailleurs** « Arbeitnehmerähnliche », soit le travailleur qui ressemble au salarié ou « le travailleur assimilable « au salarié » »⁴⁷ selon la traduction de l'O.I.T. Malgré son hétérogénéité, le législateur a souhaité protéger ce groupe en raison de sa dépendance économique et de son besoin de protection sociale. Deux critères opérationnels sont mis en œuvre : la personne

⁴⁶ The standard definition of the Bundesarbeitsgericht is: « an employment relationship differs from a contract of a self-employed by the degree of a personal dependency at the performance of the work » p. 2 Rolf WANK, Worker's protection National Study for Germany for the ILO, 49 pages, 1999, non publié; Brehens Martin, Institute for Economic and Social Research, EIRO comparative study on economically – case of Germany.

⁴⁷ Traduction de l'O.I.T., dans le cadre du programme focal sur le dialogue social, la législation du travail et l'administration du travail, Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection, Genève, 15-19 mai 2000, 74 pages, p. 60, note 105, disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/mewnpr.htm>

travaille principalement pour une personne et obtient de cette personne plus de la moitié de ses revenus professionnels.

Dans les faits, **peu de travailleurs** s'inscrivent dans cette rubrique. Ce sont principalement les journalistes télévisuels et radio, les travailleurs à domicile et les agents⁴⁸. Mais cette faible représentativité s'explique moins par le désintérêt que représente cette catégorie en soi que par la difficulté qu'il y a à regrouper des travailleurs aux activités et aux intérêts divers.

Wolf Rank⁴⁹ précise que, de l'avis des cours de justice et de la doctrine, ces travailleurs constituent une sous-catégorie d'entrepreneurs indépendants; ils sont donc des **entrepreneurs indépendants hybrides**. Ces derniers requièrent une **protection sélective** de la loi, d'ailleurs l'auteur souligne à cet égard « (...) is a group which as the name but almost no labour law protection. »⁵⁰.

Relativement au droit du travail allemand, Wolf Rank souligne les avancées mais aussi les conquêtes à venir. Certes sur le plan des acquis formels le modèle du troisième type en Allemagne laisse un bilan mitigé selon la doctrine. Néanmoins, il faut souligner à la fois le potentiel de cette création conceptuelle, son apport dans le droit positif même s'il demeure relatif. Sans doute plus accompli encore, le modèle adopté par l'Italie est lui aussi original.

Né en **Italie** sous la dénomination de **parasubordination (lavatori parasubordinati)**, ce type de relation de travail se définit comme une « sous-catégorie du travail indépendant. Néanmoins, le fait que ce type de travailleur soit intégré au projet d'un entrepreneur tiers, entraînant des inégalités et des faiblesses contractuelles, a poussé le législateur à donner

⁴⁸ O.I.T, Le champ d'application de la relation de travail, Conférence internationale du travail, 91^e session 2003, Rapport V, p. 60/74 §105.

disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/reports.htm>

⁴⁹ R. WANK, loc. cit., note 46, p. 34.

⁵⁰ Id., p. 37; 40.

certaines garanties spécifiques à ce type de collaborateur.»⁵¹. La législation italienne, en plus de leur accorder le bénéfice des mécanismes de protection, leur octroie pour l'essentiel la sécurité sociale (retraite et congé de maternité), offre un accès à un procès facilité. Mais quelles sont précisément les caractéristiques de ce travailleur?

Selon l'article 403 du Code de procédure civile italien, ce travailleur comporte les caractéristiques relationnelles suivantes⁵² :

En premier lieu, cette relation s'exerce sur une certaine **continuité**. L'objet de la relation contractuelle porte moins sur un objectif précis que sur la disponibilité du travailleur à effectuer certaines activités durant un certain temps. Notons ici que l'on parle d'activité et non de prestation de travail.

En second lieu, l'exécution du travail doit être **coordonnée avec les objectifs fonctionnels** de l'organisation principale. On note une fois de plus que l'on n'aborde pas la notion de subordination juridique, notion qui laisse davantage entrevoir l'autorité, le contrôle, qu'une coordination.

Enfin dernier élément constitutif à la parasubordination italienne, **l'exécution personnelle** du travail. Cette disposition n'exclut pas l'aide d'un collaborateur pourvu que la contribution personnelle du travailleur domine. Le régime italien présente un double intérêt, non seulement pour sa contribution sur le plan conceptuel, en particulier l'autonomie de la définition par rapport au cadre du salariat existant, mais aussi par l'envergure du régime de protection sociale mis en place.

⁵¹ Salvo LEONARDI, « Télétravail et droits de base », document non publié, sans date, 17 pages, p. 3, disponible sur le site <http://www.iwerf.be>

⁵² European Industrial Relations Observatory, Travailleurs économiquement dépendants, droit du travail et relations industrielles, de Roberto PEDERSINI, 2002, 27 pages, TN0205101S, disponible sur le site : <http://www.eiro.eurofound.ie>

§-3. *Pour une proposition de définition du travail non salarié dépendant*

Avant de présenter la proposition d'une définition du travail non salarié dépendant, il convient de recenser dans la doctrine quels sont les efforts significatifs faits en ce sens. Les sources proviennent de deux sphères du droit, des travaillistes mais aussi des civilistes, ceux qui en grande partie alimentent la théorie de la dépendance, à commencer par Georges Virassamy qui, en France, illustre ce dernier courant.

L'auteur a proposé une définition du **contrat de dépendance**, il s'agit d'un contrat :

« (...) régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique, et sous sa domination. »⁵³.

L'objectif est d'introduire de nouveau un principe de justice contractuelle destiné à l'« entrepreneur » qui exerce une activité professionnelle soumise à des risques lorsque le contrat qui organise cette activité, le place en situation de dépendance économique.

De cette définition proposée, plusieurs éléments sont à retenir. L'auteur s'attache à une analyse **contractuelle** de la relation. Il désigne le contrat de dépendance comme un contrat d'adhésion⁵⁴, successif, caractérisé par la dépendance économique de l'un des cocontractants. En faveur de ce contrat, il réclame l'élaboration d'un **régime particulier que l'on pourrait qualifier de transversal**. Sous le prisme de ce concept, peuvent s'abriter une multitude de contrats sans égard à la diversité de leur nature juridique et de

⁵³ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 21, p. 162, § 226.

⁵⁴ *Id.*, p. 183 « Certains caractères communs à tous les contrats d'adhésion (...) ce sont en effet des contrats successifs et des contrats d'adhésion » mais l'auteur indique plutôt « Les contrats de dépendance sont aussi le plus souvent des contrats d'adhésion (...) » p. 132; voir également Catherine DEL CONT, Propriété économique, dépendance et responsabilité, éd. L'Harmattan, Condé-sur-Noireau, 1997, 399 pages, p. 242.

leur régime juridique⁵⁵. Le contrat de dépendance existe de façon indépendante; il est une espèce particulière. Par exemple, deux contrats de nature juridique identique peuvent répondre de deux régimes juridiques différents, l'un faisant partie du régime des contrats de dépendance, l'autre du régime juridique propre à sa nature.

De ce point de vue, il existe une analogie entre cette catégorie juridique transversale et le contrat d'adhésion. D'ailleurs, la doctrine a parfois expliqué l'avènement de la « théorie des contrats de dépendance » en raison de l'inapplicabilité ou de l'inadaptation⁵⁶ des mécanismes du contrat d'adhésion aux relations entre professionnels. En présence de deux professionnels⁵⁷, la jurisprudence a davantage démontré une réceptivité au respect du principe de sécurité des transactions commerciales⁵⁸.

Autre analogie entre le contrat de dépendance et le contrat d'adhésion. C'est l'idée d'introduire une régulation à l'intérieur du jeu d'échange des consentements. Le contrat de dépendance entend saisir les situations de dépendance économique contractuelle dans les activités professionnelles. Dans les deux cas, il s'agit d'introduire une meilleure justice contractuelle là où le principe destiné à maintenir la sécurité des transactions commerciales a privé les justiciables d'une voie de protection efficace⁵⁹.

Outre l'apport d'une notion transversale, telle que le contrat d'adhésion, « la théorie des contrats de dépendance » s'appuie sur une autre notion, la dépendance économique. Or, ce

⁵⁵ « S'il ne s'agit pas d'un ensemble monolithique de contrats, soumis à un corps de règles juridiques identiques, leur diversité ne peut masquer une réelle unité de fait. », dans G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 21, p. 13.

⁵⁶ Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 n°3 *Les Cahiers de Droit*, p. 841-872, p. 865; M. COURTES, *op. cit.*, note 25, p. 158.

⁵⁷ *Id.*, p. 158.

⁵⁸ M. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 56, 865.

⁵⁹ « (...)le législateur (...) ne s'est pas attaché au rapport inégal des forces entre les parties; d'un point de vue juridique, ne sont donc pas pertinentes aujourd'hui l'existence d'un monopole de droit ou de fait, la possibilité de faire affaire avec un concurrent, la compétence dans le domaine concerné ni la puissance économique ou commerciale », dans Jean-Louis BEAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5ème éd., Éditions Yvon Blais, 1998, Cowansville, p. 68, §-51.

concept a déjà fait en droit du travail l'objet de plusieurs discussions doctrinales et de luttes jurisprudentielles.

La **dépendance économique**, selon Virassamy, résulte de la jonction de trois éléments⁶⁰ :

« (...) l'existence d'un lien contractuel, [son] (...) importance (...) pour le contractant, et [enfin] la permanence » ou la régularité de la relation. Cette dépendance économique constitue pour le partenaire privilégié le moyen « d'établir avec l'assujetti des relations ou des rapports qui sont moins le résultat de leur relation juridique réelle que de leur situation économique réelle »⁶¹.

Courtes sur ce point s'empresse de préciser que « l'inégalité de puissance économique des parties » peut encourager la dépendance économique mais l'une ne peut être confondue avec l'autre⁶². Mais parfois la distinction entre les sources contractuelles et de faits est délicate, car il s'agit « (...) d'un phénomène dynamique, complexe et protéiforme qui dépasse largement les champs de reconnaissances formelles. (...) [Il] résulte alors de la combinaison de liens patrimoniaux et financiers et de rapports contractuels (...) »⁶³, d'où l'idée pour Catherine Del Cont d'établir un « bilan économique », qui consiste :

« (...) à rechercher et à mesurer la position de chaque agent économique sur le marché, le degré de spécialisation de l'agent économique le plus faible, la faculté de changer de partenaire ou la nécessité de maintenir des relations commerciales »⁶⁴.

De cette dépendance économique découle une **subordination professionnelle** ou juridique⁶⁵. Dans le cadre d'une subordination juridique, le contrat de dépendance sera qualifié par l'auteur de contrat « à sujétion parfaite » comme le contrat de travail. Il est par nature juridiquement inégalitaire et reçoit les bons auspices d'un droit protecteur, la relation

⁶⁰ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 21, p. 141, § 197.

⁶¹ *Id.*, p. 149, § 211.

⁶² M. COURTES, *op. cit.*, note 25, p. 168.

⁶³ C. DEL CONT *op. cit.*, note 54, p. 248.

⁶⁴ *Id.*, p. 250.

⁶⁵ G. J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 21, p. 151, § 212.

est en soi déséquilibrée; la relation contractuelle génère des sources d'inégalités. Par contre, dans le cas de la subordination professionnelle, il s'agit du partenaire privilégié qui « (...) [m]aître de l'avenir de ses assujettis (...)»⁶⁶ est capable d'imposer par l'aménagement de relations contractuelles « (...) une stratégie économique et commerciale qui tient compte avant tout de ses propres intérêts. »⁶⁷. Il s'agit là du contrat de dépendance à sujétion imparfaite. Il organise un lien de dépendance grâce à « (...) l'aménagement de relations contractuelles par une série de clauses fixant l'étendue et les modalités de son pouvoir »⁶⁸, or l'aménagement se fait à l'avantage du partenaire privilégié. L'assujetti pourrait en droit le refuser mais à cause de sa dépendance économique l'accepte.

Cette distinction entre le contrat à sujétion parfaite et imparfaite reste critiquable sur au moins deux aspects. Le premier a trait à l'insertion du contrat de travail dans la sous-catégorie « à sujétion parfaite » du contrat de dépendance. Le second aspect critique vise la caractérisation des contrats à « sujétions imparfaites » qui, contrairement au contrat de travail, se distingueraient par une dépendance économique issue des clauses contractuelles en soi. En somme la traduction de la dépendance économique dans cette forme de contrat apparaît difficilement réalisable. Or, dans bien des situations, la sujétion naît de la relation en soi, du pouvoir respectif des parties à la naissance du contrat quel qu'il soit. Par conséquent, bien qu'elle ne soit pas toujours inscrite *ipso facto* dans un type de relation contractuelle, la dépendance peut naître d'une relation qui, théoriquement, n'est pas déséquilibrée en soi mais qui, en raison du marché, de la situation d'un produit le devient, et ce, en amont de la création du lien contractuel. Échapperait-il pour autant à la définition du contrat de dépendance à sujétion parfaite? Il semble que oui. Par conséquent, l'analyse contractuelle de la dépendance emporte de nombreuses limites en particulier lorsque l'on

⁶⁶ Id. p. 154, § 216.

⁶⁷ Id. p. 154, § 216; voir également, REVET Thierry, « Les apports au droit des relations de dépendance », (1997) 50 R.T.D.Com. 37-47, p. 37 et 41.

⁶⁸ Id., p. 154, § 216.

tente d'établir des jonctions avec les deux sphères du droit. Le réalisme caractéristique du droit du travail enseigne l'importance qu'il y a à découvrir derrière les formules contractuelles, la réalité des relations entre cocontractants. Pourtant, la différence en ce cas réside moins dans la qualification de la relation que dans l'attirail juridique qui reconnaît la nécessité d'élaborer un régime préventif qui, à toutes fins pratiques donne l'illusion d'une relation *ad hoc* dépendante. Enfin le sens de la justice sociale ne se mesure pas à tout coup par la puissance économique d'un partenaire. La **justice sociale** est un principe qui doit s'appliquer à tous.

Par ailleurs, la dépendance professionnelle n'induit pas systématiquement une dépendance économique. Certains auteurs⁶⁹ notent à juste titre que : la dépendance professionnelle peut être légitime et être le résultat de la « volonté libre et responsable de participer à l'activité professionnelle d'un partenaire économique mieux organisé et plus puissant. »⁷⁰. D'ailleurs, Thierry Revet rappelle, à ce sujet dans sa thèse, le caractère « juridiquement insaisissable »⁷¹ du concept de dépendance économique. Il évoque même que le caractère économique de la dépendance occulte les autres formes de dépendances, d'où l'importance d'un examen de la relation contractuelle avec ses droits et ses obligations.

Il semble qu'aujourd'hui le lien de dépendance comporte des caractéristiques polymorphes et que de s'attacher à la caractériser revient à perdre de vue toute une partie du problème. En effet, comment isoler la dépendance initiée par le support, organisationnel ou de gestion, accordé par l'entreprise donneur d'ordre à l'entrepreneur? L'important n'est-il pas de mesurer les effets de cette dépendance?

Dans le même courant doctrinal, Catherine Del Cont⁷² définit les rapports de dépendance comme :

⁶⁹ M. COURTES, op. cit., note 25, p. 168.

⁷⁰ Id.

⁷¹ T. REVET, op. cit., note 29, p. 148.

⁷² C. DEL CONT op. cit., note 54, p. 251.

« (...) des rapports économiques établis entre sujets juridiques autonomes, personnes physiques ou personnes morales, et ayant pour objet et/ou pour effet de permettre à un agent économique d'exercer directement ou indirectement, des prérogatives de contrôle-maîtrise sur une ou plusieurs entreprises, qu'elle qu'en soit la forme, avec lesquelles il n'y a aucun lien ou qu'un lien partiel d'appartenance ».

De cette relation naît les contrats de dépendance qui sont :

« (...) des conventions complexes, conclues entre agents d'inégale puissance économique, et dont l'objet spécifique est l'établissement de liens de subordination entre sujets juridiques autonomes. Quel que soit le secteur d'activité dans lequel ils interviennent, les contrats de dépendance présentent pour caractéristique commune, de rendre formelle la propriété des contractants intégrés. Le contrat de dépendance est le support juridique du transfert, vers le contractant le plus puissant, des prérogatives substantielles au droit de propriété : le pouvoir de décision et de gestion autonome sur l'activité économique »⁷³.

Victoire Lasbordes⁷⁴ de son côté explique ce déséquilibre, cette dépendance économique, en raison du pouvoir. Dans sa thèse intitulée « Les contrats déséquilibrés », elle identifie deux formes de déséquilibre qui, outre celui du pouvoir, peut également se manifester en raison de la valeur. La première catégorie, qui reste la forme la plus classique du déséquilibre, dit-elle est « (...) aujourd'hui supplantée par une autre forme de déséquilibre, dont l'existence est le corollaire du caractère inégalitaire d'un grand nombre de relations contractuelles (...) »⁷⁵. Elle définit cette forme de déséquilibre, de dépendance comme :

« (...) **une situation de fait** qui préexiste à la conclusion du contrat et qui constitue un facteur de déséquilibre contractuel. En raison de la dépendance dans laquelle se trouve son partenaire à son égard, la partie économiquement plus puissante est titulaire d'un pouvoir déséquilibrant : le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale avec la tentation de faire prévaloir ses seuls intérêts. ».

⁷³ Id., p. 68.

⁷⁴ Victoire LASBORDES, Les contrats déséquilibrés - Tome 1 et 2, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, 737 pages.

⁷⁵ Id., p. 202, § 201.

Cette notion de déséquilibre de pouvoir s'avère centrale pour déterminer la zone de dépendance. Le seul **pouvoir d'information** par exemple peut être essentiel dans la capture d'informations et la connaissance de certaines techniques de vente par exemple peut conduire à la maîtrise presque silencieuse de l'entrepreneur. Ce dernier devient captif de ce type d'information.

Dans la littérature travailliste, il faut souligner la définition retenue à l'issue de l'étude européenne comparée présentée par Roberto Pedersini⁷⁶ :

« Le concept de « travailleurs économiquement dépendants » se réfère aux personnes n'intégrant pas le cadre de la définition traditionnelle d'« employé » - essentiellement du fait de l'absence de tout contrat de travail en tant que salarié -, mais qui sont économiquement dépendants d'une seule source d'emploi. Le débat cible les nouveaux accords de travail, sortes de « compromis » entre les activités indépendante et salariée. Les « travailleurs économiquement dépendants » présentent en effet certaines caractéristiques communes à ces deux activités: (1) ils exercent officiellement une activité indépendante (en règle générale, ils ont conclu un « contrat de services » avec l'employeur) et (2) leurs revenus (ou la majeure partie en tout cas) dépendent d'un employeur unique. Dans certains cas, les travailleurs économiquement dépendants ont en commun avec les salariés bien d'autres aspects :

une absence totale de démarcation organisationnelle claire - en d'autres termes, ils travaillent dans les locaux de l'employeur et/ou utilisent ses équipements; une absence totale de distinction nette entre les tâches - en d'autres termes, ils effectuent le même travail que certains des salariés ou se voient confier, par le biais de la sous-traitance, un travail précédemment réalisé par les salariés; et le « service » qu'ils prestent en faveur des employeurs ne correspond à aucune des catégories traditionnelles de « services professionnels » - en d'autres termes, les tâches en question sont simples et ne requièrent ni connaissances spécifiques, ni qualifications ou compétences professionnelles. »

Ou encore la définition lapidaire de Tiziano Treu⁷⁷ : les travailleurs de « la zone grise » sont désignés comme des entrepreneurs légalement indépendants, soit des travailleurs

⁷⁶ R. PEDERSINI, op. cit., note 52.

autonomes ou des entrepreneurs qui sont techniquement dépendants sur un ou plusieurs « Principales ».

Plus récemment Perulli reprenait l'étude dirigée par Pedersini sur « le travail économiquement dépendant ou parasubordonné »⁷⁸. Il précise que ce travailleur possède à la fois des caractéristiques communes et différenciées de celles du travailleur salarié. Parmi ces caractéristiques distinctives, l'auteur fait ressortir trois critères⁷⁹ ; il s'agit essentiellement d'un travail personnel, relativement stable dans le temps, qui s'effectue principalement pour un client unique. Le nombre de relations contractuelles dont le travailleur tire son revenu reste un indicateur. Et l'analyse des rapports qu'il entretient avec l'organisation de l'entreprise cliente ne laisse pas apparaître un lien de subordination mais est compensée par un pouvoir de coordination de l'entreprise cliente. Ce travailleur a à la fois un besoin de protection sociale puisque son travail est individuel ou même s'il ne l'est pas, le recours à des ressources humaines demeure limité.

Dans la littérature travailliste, plusieurs auteurs ont tenté d'élaborer une typologie du travail. Paul Davies et Freeland⁸⁰ identifient quatre groupes de contrats. Aux extrémités, le contrat de travail salarié et le contrat d'entreprise. Entre ces deux contrats, il y a les travailleurs qui n'ont pas de lien de subordination juridique mais qui doivent effectuer

⁷⁷ Tiziano TREU, *Labour Law and Social Change*, Public Lecture, Novembre 2002, 10 pages, p. 3, disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/edu/publics.htm>

⁷⁸ Adalberto PERULLI, *Étude sur le travail économiquement dépendant ou parasubordonné*, Audition publique « Le travail économiquement dépendant ou parasubordonné », Parlement européen et Commission de l'emploi et des affaires sociales, 16 juin 2003, 22 pages, disponible sur le site : <http://www.europarl.eu.int>

⁷⁹ *Id.*, p. 3 et 22.

⁸⁰ Paul DAVIES, M. FREELAND, « Employee, Workers and the Autonomy of Labour Law », in D. Simon and M. Weiss (eds.), *Zur Autonomie des Individuums – Liber Amoricum Spiros Simitis*, Baden-Baden, 2000, p. 34, cité par S. ENGBLOM, *loc. cit.*, note 6, 226-227 et par Judy FUDGE, Eric TUCKER, Leah VOSKO, *The Legal Concept of Employment*, Report for the Law Commission Canada, 2002, 142 pages, p. 96 et suiv.

personnellement un travail dont ils sont dépendants économiquement (para-subordination en Italie). La troisième catégorie regroupe les travailleurs qui effectuent un travail qui peut être réalisé personnellement mais qui, contrairement à la catégorie précédente, ont tout de même une affaire qu'ils font tourner eux-mêmes. On notera ici la difficile distinction à faire entre « faire tourner sa propre affaire » en utilisant majoritairement ses compétences et celle de travailler personnellement à son propre compte. En dernier lieu se trouve le travailleur indépendant qui doit quant à lui produire un résultat. Cette typologie présente une déclinaison relativement sophistiquée des contrats possibles au registre du travail. Toutefois plusieurs réserves⁸¹ ont été émises à son endroit, qui tiennent précisément du caractère arbitraire des typologies et de la difficulté à émettre pour chaque catégorie des critères légaux à la fois prédictibles et constants.

Dans une autre perspective, une récente étude entend combiner l'analyse sociologique et juridique pour dégager un champ d'application plus approprié au droit du travail par l'intégration des dimensions économiques, normatives et institutionnelles. Les auteurs de cette étude proposent une typologie qui, tout en reprenant les critères classiques de la doctrine contemporaine, y intègre une perspective sociologique⁸².

Au coeur de leur analyse, la détermination de la propriété des outils raffine et discrimine entre les catégories pour mieux asseoir dans un second temps la dévolution de mécanismes de protection adéquate. Par le prisme de la propriété des outils, les auteurs élaborent un nouveau mode de compréhension des rapports de pouvoir et d'autorité entre le capital et le travail. Ils mettent ainsi un hiatus entre l'appartenance et la maîtrise des biens. Cette réflexion rejoint sur un point la thèse de Catherine Del Cont qui après avoir mis en lumière le décalage existant entre le pouvoir économique et la responsabilité réclame une meilleure « gestion juridique de la dépendance économique »⁸³.

⁸¹ J FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, *op. cit.*, note 80, p. 97.

⁸² *Id.*

⁸³ C. DEL CONT *op. cit.*, note 54.

La proposition faite par les auteurs du rapport de la Commission canadienne du droit⁸⁴ repose sur une lecture qui se veut moins contractuelle, plus réaliste et qui se baserait sur une lecture hiérarchique des formes de travail. En somme, une lecture critique qui tente de vider le construit idéologique qui sous-tend la distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise pour accorder un régime de protection destiné aux travailleurs qui dépendent de la vente de leur propre travail. Placés sur un continuum les formes de travail se déclinent entre deux extrêmes. Les prolétariens⁸⁵, comprennent le salarié et l'entrepreneur dépendant, la petite bourgeoisie englobe l'entrepreneur indépendant et celui qui est partiellement dépendant de la vente de son propre travail mais qui possède en tout ou en partie les moyens de production, tandis que la bourgeoisie regroupe les indépendants et ceux qui sont dépendants de la vente de leur propre travail. Les auteurs au terme d'une analyse statistique et juridique proposent de redéfinir la portée de la législation du travail et de l'emploi en intégrant outre les prolétaires, une partie des petits bourgeois qui sont dépendants de la vente de leur propre travail. On ne peut taire l'analogie entre cette proposition et celle qui explique le particularisme du droit du travail avec le concept de la force du travail⁸⁶. Certes la proposition semble « décontractualisée » mais on ne s'éloigne guère des éléments fondateurs du droit du travail avec un concept aussi lourd de sens que la force de travail ou la dépendance à l'égard du travail effectué par soi-même. Dans quelle mesure serons-nous toujours aptes à distinguer ou traiter différemment celui qui vend sa propre capacité de travail et celui qui bien que ne vendant pas exclusivement ou ne vendant pas sa force de travail n'en génère pas moins une forme de dépendance?

⁸⁴ J FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 80, p. 49.

⁸⁵ Id., p. 98.

⁸⁶ T. REVET, op. cit., note 29.

Enfin, le rapport Bernier, Vallée et Jobin⁸⁷ propose, parmi les recommandations faites à l'égard du travailleur autonome, de s'adresser « aux non-salariés qui fournissent personnellement une prestation de travail pour autrui quel que soit leur secteur d'activité professionnelle ». L'analyse met en avant la nature de l'exécution du travail et exclut de son champ le travailleur qui bénéficie d'une aide, et ce, même si elle s'avère temporaire. L'objectif affirmé est d'éviter le rapatriement de ce travailleur dans la catégorie du contrat d'entreprise ou de services, bien que le rapport en soi n'ait pas eu pour objet de se prononcer sur une vision prospective du concept de salarié. L'analyse est pragmatique; dans la même veine que le rapport de la Commission canadienne, il s'agit d'accrocher à ce travailleur un statut, « un régime ouvert et accessible ». Adaptée à la structure morcelée des lois du travail au Canada, cette vision peut être qualifiée d'instrumentale; elle reste cependant restrictive dans sa définition. La caractérisation de la relation qui l'unit au donneur d'ouvrage est évacuée au profit des modalités d'exécution du travail : un travail effectué personnellement, une prestation de travail destinée à autrui. La présence d'un tiers aidant exclurait toujours le bénéfice de la protection; pourtant la jurisprudence québécoise et certaines dispositions du droit français nous enseignent qu'il ne s'agit pas là d'un critère exclusif de l'indépendance. On peut également s'interroger sur la pertinence, bien que prouvée statistiquement au Canada, de saisir le seul travailleur indépendant qui fournit son travail comme prestation. La dépendance ne touche hélas pas seulement cette catégorie. Il s'agit là d'une solution possible pour le travailleur autonome afin qu'il possède un socle de droits à définir⁸⁸. Cette proposition y participerait mais de façon partielle.

Que l'on soit dans le cadre de la « théorie de la dépendance » ou dans les théories travaillistes, on observe des efforts constants depuis une dizaine d'années en vue de renouveler la portée protectrice du droit. Sur un plan relationnel, le lien de subordination

⁸⁷ Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE, Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, 2003, Gouvernement du Québec, 568 p., p. 529.

⁸⁸ Voir les propositions en ce sens, dans *id.*, p. 529.

juridique qui se traduit dans les faits par une perte d'autonomie n'est plus exclusif au seul contrat de travail. Il faut observer les liens économiques qui se tissent avec une lecture qui dépasse le cadre organisé des relations contractuelles afin de capter avec précision la répartition du pouvoir, le libre arbitre des individus. L'étude des liens relationnels permet de mettre en évidence la cohérence entre la maîtrise et l'appartenance, entre le pouvoir et la responsabilité. Au fait de piloter, de coordonner, de maîtriser et de détenir le pouvoir au sein d'une relation doit correspondre une contrepartie juste en termes de responsabilité, de protection. Sur le plan des modalités de l'organisation du travail, le fait d'obtenir une aide ne doit pas exclure des mécanismes de protection. Enfin, ce qui demeure crucial c'est le comportement de l'individu sur le marché. Si son activité entreprenante s'avère essentielle à sa survie pas seulement alimentaire mais professionnelle, alors l'exigence en matière de protection doit suivre. L'ensemble de ces propositions et leurs critiques nous amènent à suggérer la définition suivante de l'entrepreneur non salarié dépendant.

La notion de travail non salarié dépendant désigne une personne qui effectue, personnellement ou avec une aide, un travail continu pour le compte d'un cocontractant lequel coordonne l'activité entreprenante. Ce pouvoir de coordination s'exerce en fait et en droit et s'impose au travailleur non salarié dépendant tributaire de l'existence et du maintien de cette relation pour son existence personnelle et professionnelle.

Cette proposition de définition comporte deux éléments essentiels, à savoir une activité entreprenante pour autrui et une dépendance à la fois alimentaire et professionnelle. Bien qu'elle comporte une certaine parenté avec la définition élargie du salariat, tant en France qu'au Canada, elle permet néanmoins d'englober les situations de travail qui échappent au salariat. Ainsi en est-il des situations qui relèvent de l'activité commerciale (exemple : les chauffeurs de taxis non propriétaires ou certains franchisés). En somme, le travail non salarié dépendant est cette relation qui échappe au régime du travail salarié mais qui place l'un des cocontractants en situation de dépendance caractérisée qui requiert l'application de règles protectrices. Il s'agit maintenant de déterminer les contours d'un éventuel régime.

CHAPITRE 2 - LE TRAITEMENT JURIDIQUE RÉSERVÉ À LA RELATION DE TRAVAIL NON SALARIÉ DÉPENDANT

Les **interférences** entre les contrats civils ou commerciaux authentiques¹ et le contrat de travail sont nombreuses et permettent d'envisager un nouveau mode de régulation **non plus axé sur la bipolarité mais sur une régulation de la dépendance**. La question du travail non salarié dépendant possède en effet un **caractère transversal**, et pose par conséquent plusieurs défis.

En premier lieu **un défi disciplinaire**, quel sera l'espace nécessaire à cette régulation? Devra-t-elle se situer principalement à l'intérieur du droit du travail, du droit civil ou du droit commercial ou bien doit-elle, comme son sujet, se situer à la lisière de chaque droit et, en bon opportuniste, tirer de chaque droit quelques principes adaptés?

Mais au-delà de cette question de champ disciplinaire se pose la question du mode de régulation à retenir, « soft law », « hard law »? Ou bien une combinaison des deux? Selon quelle perspective, préventive ou curative? Et sous la houlette de quels partenaires puisque la question qui se pose est de déterminer qui encadrera et qui contrôlera l'application de cette nouvelle régulation? En somme, un second défi doit être relevé, celui d'ordre **normatif, institutionnel**. En dernier lieu s'ajoute un **défi économique** puisque longtemps la sphère économique a été et reste accusée de mettre en place de nouvelles formes de travail et de gestion destinées à accroître la productivité. Dès lors, quels seront les impacts économiques attachés à une nouvelle régulation du travail non salarié dépendant? La réponse à cette question est importante puisque lors des discussions qui ont porté sur le

¹ « The data indicates that the distinction between employment and self-employment is not a good basis for drawing the boundary between employment and commercial law », dans Judy FUDGE, Éric TUCKER, Leah VOSKO, The Legal Concept of Employment, Report for the Law Commission Canada, October 25, 2002, 142 pages, p.36 et 39.

travail en sous-traitance quelques années plus tôt, la proposition d'adoption d'une convention et d'une recommandation par l'O.I.T. sur le sujet avait échouée en partie à cause de l'opposition des employeurs. Les motifs invoqués étaient les suivants :

« (...) la question ne se prêtait pas à l'adoption de normes en raison de la diversité des situations et des approches à l'échelon national. (...) [L]es instruments proposés risquent d'interférer avec les contrats commerciaux, ce qui aurait des effets négatifs sur les activités économiques et la création d'emplois »².

La réalité des formes de travail non salarié dépendant reste difficile à appréhender dans la mesure où les grilles de lecture existante font encore partie d'un « **paradigme** » en voie de **reconstruction**. Cette difficulté ne doit pas pour autant laisser place à l'inertie. Cette position aboutirait à participer volontairement à la paupérisation de toute une couche de la population. Or, nombreuses sont les actions à prendre, nombreux aussi sont les acteurs qui, de concert, doivent participer à cet effort de reconstruction. D'un point de vue juridique la recherche de frontières plus claires semble désormais vouée à l'échec. Les concepts et les règles existantes ne permettent pas cette évolution et redéfinir la portée du droit du travail dans ce contexte où la plupart de ses postulats sont vacillants relèverait à notre sens d'un fameux tour de force et offrirait un destin plus qu'incertain. Il faut davantage s'orienter vers la mise en place de mesures concrètes qui s'appuieront sur des principes généraux sur lesquels se sont bâtis nos sociétés démocratiques.

En 1998, la Conférence internationale du travail rappelait « qu'en adhérant librement à l'OIT, l'ensemble de ses Membres ont accepté les principes et les droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, et se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble (...) »³. Plus récemment encore, la Conférence internationale du travail soulignait le rôle de :

² O.I.T, Le champ d'application de la relation de travail, Conférence internationale du travail, 91^e session 2003, Rapport V, p. 7, disponible sur le site :

<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/reports.htm>

³ Id. et art. 1, Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 86^e session Genève, juin 1998, disponible sur le site :

« [l']Agenda du travail décent (...) permettre à tous les travailleurs d'accéder à un travail librement choisi et reconnaît les droits fondamentaux des travailleurs ainsi que leur droit à un revenu leur permettant de satisfaire leurs besoins économiques et sociaux et familiaux de base, d'assumer des responsabilités correspondantes et de bénéficier d'un niveau suffisant de protection sociale pour eux-mêmes et pour leurs famille.»⁴.

Ou encore, lors de l'audition en juin 2003 au Parlement européen, Perulli⁵ notait que cette question soulevait de la part des États une réponse pragmatique :

« Dans l'ensemble, l'approche des législateurs nationaux et des partenaires sociaux (...) se révèle assez empirique et basée sur des exigences pratiques qui diffèrent largement des exigences abstraites de classement du travail économiquement dépendant dans une catégorie ou dans une autre, et s'attache plutôt à répondre à des besoins de protection des travailleurs partout où la nécessité s'en fait sentir ».

Dans cette perspective, il convient de préciser les fondements relatifs à un telle intervention **(Section 1)** pour proposer quelques pistes en faveur d'un traitement spécifique **(Section 2)** du travail non salarié dépendant.

<http://www.ilo.org/public/french/standards/decl/declaration/text/index.htm>Bureau International du Travail

⁴ Id.

⁵ Adalberto PERULLI, Étude sur le travail économiquement dépendant ou parasubordonné, Audition publique « Le travail économiquement dépendant ou parasubordonné, Parlement européen et Commission de l'emploi et des affaires sociales, 16 juin 2003, 22 pages, p. 3, disponible sur le site : <http://www.europarl.eu.int>

Section 1 - Les fondements d'une régulation légale du travail non salarié dépendant

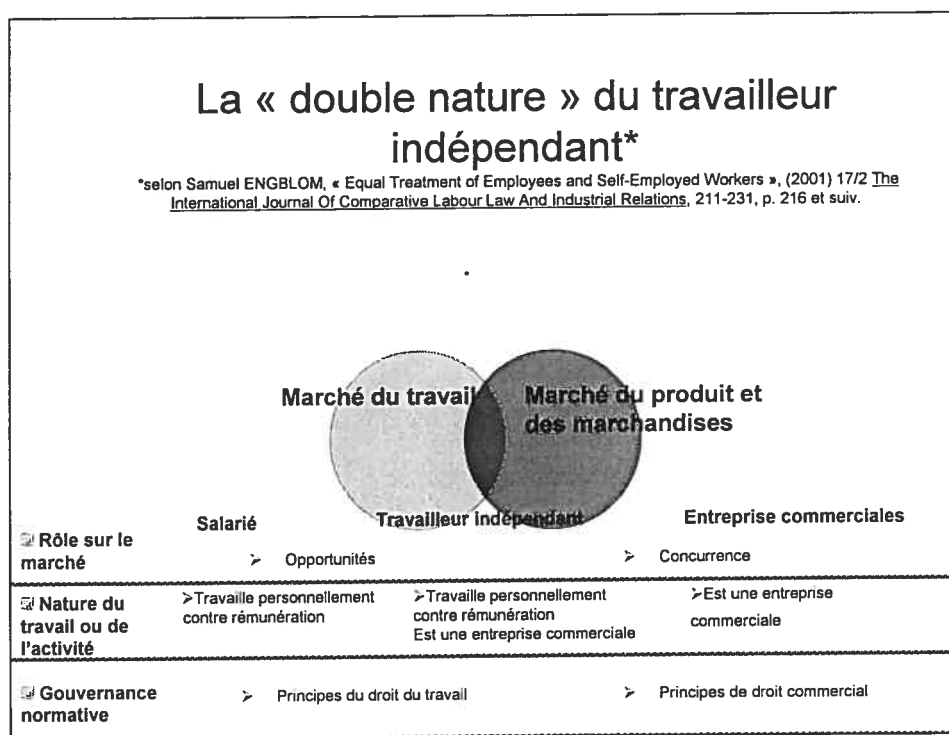
Il faut admettre **deux constats**. Le premier consiste à voir des affinités entre les situations diverses de travail non salarié dépendant et celles du travail salarié, et ce, malgré le **caractère polymorphe** des formes de travail observées dans les faits, et de leur dispositif contractuel. En second lieu, il faut aussi saisir les difficultés profondes auxquelles font face le droit du travail, mais aussi le droit civil, quoique l'enjeu ne soit pas du même ordre pour les deux droits dans **l'appréhension du travail non salarié dépendant**.

Par ailleurs, la régulation réclamée en faveur de ce **type de travail met en jeu** des principes, des acteurs aux intérêts divergents, en plus de solliciter des dynamiques qui s'opposent. Dans ces conditions quelque peu hostiles, il convient d'amorcer une réflexion sur un avenir possible de la régulation du travail non salarié dépendant.

Ici, on pourrait reprendre les hypothèses dégagées par Samuel Engblom⁶ au sujet des caractéristiques propres du travailleur indépendant. Il soulève sa « double nature », son ambivalence selon trois axes distincts représentés ci-dessous.

⁶ Samuel ENGBLOM, « Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers », (2001) 17/2 The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 211-231, p. 216 et suiv.

Figure 5 - La « double nature » du travailleur indépendant, selon Samuel ENGBLOM



Puis l'auteur se tourne en partie vers le droit du travail pour résoudre la difficulté de l'encadrement juridique protecteur des travailleurs indépendants. Samuel Engblom, soutient en partie cette voie, moins pour la cohérence de la matière que pour sa viabilité : « Likewise, labour law's effectiveness as an instrument of economic policy will be reduced if a large number of workers are left outside the personal scope »⁷. Cet argument n'est évidemment pas recevable à moins que l'on envisage des modifications majeures dans les fondements mêmes du droit du travail. C'est aussi la voie adoptée par Fudge et al.⁸ : « The starting point for our recommendations is that all dimensions of labour regulation should be extended to all workers, defined as persons economically dependent on the sale of their capacity to work ».

⁷ Id.

⁸ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1, p. 105.

Un autre courant doctrinal, d'ailleurs non exclusif du premier, adopte **une approche pragmatique** qui, quelles que soient les difficultés de définition, pourrait se résumer ainsi : le travail conceptuel, même s'il est chaque fois solidement exploré, est délaissé au profit d'une réponse pratique aux problèmes de protection sociale. L'O.I.T. lors de la dernière Conférence Internationale du Travail n'a-t-elle pas précisé : « [d]evant les faiblesses du système du « tout ou rien », entre dépendance et autonomie, il apparaît nécessaire de protéger les personnes qui se trouvent dans une situation intermédiaire, comme les travailleurs indépendants en situation de dépendance économique. C'est là une question de justice (...). »⁹.

Au Canada, deux récents rapports retiennent une approche qui combine à la fois l'élargissement de la notion de salarié et une réflexion quant aux dispositions protectrices qu'il y aurait lieu de mettre en place avec comme référentiel de base le droit du travail.

« Instead of attempting to draw a new line between employment independent contracting for the purpose of determining the scope of labour protection, we recommend that all workers dependent on the sale of their capacity to work be covered, unless there are compelling public policy reasons for narrower definition »¹⁰, « (...) [l]es besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelles »¹¹.

Enfin l'orientation actuelle retenue par le droit positif est d'accorder à ces travailleurs, l'encadrement prévu par le droit civil et le droit commercial. Or cette situation est loin d'apporter des solutions satisfaisantes, tel qu'il le fut à maintes reprises démontré. Certes le

⁹ O.I.T, *op. cit.*, note 2, p. 40/74, § 48.

¹⁰ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, *op. cit.*, note 1, p. 123.

¹¹ Voir également au Québec, les auteurs du « rapport Bernier » : Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE, Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, 2003, Gouvernement du Québec, 568 p.; En Europe : European Industrial Relations Observatory, Travailleurs économiquement dépendants, droit du travail et relations industrielles, de Roberto PEDERSINI, 2002, 27 pages, TN0205101S, disponible sur le site : <http://www.eiro.eurofound.ie>

droit civil a évolué¹² mais pas de façon suffisante pour échapper au « dessèchement »¹³ dont il est aujourd'hui victime. Par conséquent, ni le droit du travail, ni le droit civil en l'état actuel des choses ne permet d'encadrer adéquatement la zone de travail identifiée. La régulation du travail comporte des enjeux complexes puisque le sujet se positionne à l'intersection du marché du travail et du marché des biens et des services. Elle sollicite de nouveaux principes basés sur la reconnaissance d'une identité plurale (§-3), et requiert l'intervention des nouveaux modes de régulation¹⁴(§-2), où l'État et les partenaires sociaux ont un rôle à jouer (§-1).

§-1. L'État et les partenaires sociaux ont un rôle à jouer

« La puissance publique est la seule instance capable de construire des ponts entre les deux pôles de l'individualisme et d'imposer un minimum de cohésion à la société. »¹⁵

Une première observation démontre que **l'interventionnisme segmenté** auquel s'est afféré le **législateur** français par exemple n'a pas permis de résoudre l'intégralité du problème. Par contre, il est allé au devant de certaines questions bien spécifiques nées du particularisme du travail, par l'introduction d'un cadre normatif spécifique.

¹² Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 Revue de droit de McGill 903.

¹³ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », (2002) 1095 suppl. Semaine sociale Lamy 32.

¹⁴ « (...) it must be recognised that labour regulation occurs at levels and is multi-dimensional, serving a variety of instrumental goals and responding to different normative concerns. », dans J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1, p. 102.

¹⁵ Robert CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale - Une chronique du salariat, coll. « L'espace politique », Mesnil-sur-L'Estrée, éd. Fayard, 1995, 490 p., p. 474.

Pour illustrer ce point, on peut appeler quelques dispositions destinées à traiter la difficile question de la rémunération minimum du travailleur à domicile. Le Code du travail français a consacré l'obligation du donneur d'ordre de respecter les tableaux de temps nécessaires à l'exécution de certains travaux en série. Ces tableaux, établis par branches professionnelles, sont fixés par accord ou convention collective¹⁶. On trouve ainsi l'articulation entre deux sources normatives, l'une conventionnelle et l'autre législative, qui combinées offrent un régime original et adapté à ce travailleur. Par contre, dans une perspective plus large et critique, l'élaboration de régimes spécifiques encourage la multiplication de zones frontalières, particularise l'accès à des normes et les rend moins accessibles, ce qui, poussé au paroxysme, porte atteinte à la sécurité juridique des parties et peut ultimement aboutir à un « retour au corporatisme ».

Au Québec, ce type d'intervention est rare, si rare que ces quelques régimes existants font presque l'objet de « culte »¹⁷. Hormis ceux là, l'intervention peut être qualifiée de **minimaliste**. Si l'on regarde l'introduction législative de la notion « d'entrepreneur dépendant », l'idée n'est pas de créer un régime spécifique mais d'assimiler une portion des travailleurs au salariat au moyen d'un concept. En ce sens, la démarche est audacieuse mais laisse entière la question de la qualification juridique de ces contrats en plus de ne pas élaborer davantage sur la détermination d'un régime spécifique. Tout au plus cette notion atténue la distinction entre travailleur autonome et travail salarié. D'ailleurs, les seuls régimes spécifiques consacrés respectivement par les lois fédérale et québécoise sont ceux destinés aux artistes. Or, dans cette situation précise, ce régime n'a pas été le fruit d'une création législative mais plutôt de la reproduction presque exacte de ce que l'autonomie des parties avait bâti.

¹⁶ Art. L. 721-11.

¹⁷ Par exemple, le régime des artistes fait souvent l'objet de modèle dans la régulation de certaines formes de travail.

Lorsque l'on aborde la question de la protection sociale chez le travailleur non salarié dépendant¹⁸, on se heurte aux mêmes problématiques. Le plus souvent les mécanismes de protection sociale ont pris appui sur les schèmes de la société industrielle et les caractéristiques de ces travailleurs¹⁹.

Si l'on examine la situation de la France sur ce sujet, on observe que le système est bâti autour de deux piliers, celui du travail et de la famille. D'inspiration universaliste, les concepteurs du système tablaient précisément sur la généralisation du travail salarié classique (à temps plein, stable et bénéficiaire d'un statut) pour éliminer toute forme de pauvreté. Or, ces deux piliers fondateurs se sont effrités depuis, malgré l'élaboration de régimes particuliers destinés à contrecarrer les effets de cette évolution. Il demeure que fondamentalement la présence d'un lien de subordination juridique reste l'élément déclencheur à l'octroi de certains droits sociaux. Ceci dit, le pouvoir de coordination exercé par un donneur d'ordre sur un entrepreneur non salarié dépendant réclame le bénéfice d'une couverture sociale plus conforme à la réalité de l'exécution de ses activités.

Au Canada, les mêmes lacunes sont observées, par exemple, les travailleurs indépendants canadiens ne sont pas admissibles²⁰ au régime d'assurance-emploi en cas de perte d'activité, de congé de maternité, parental à quelques exceptions près.

¹⁸ Jean-Michel BELORGEY, Annie FOUQUET, Cédric AFSA et al., Minima sociaux, revenus d'activité, précarité : rapport du groupe, Commissariat général du plan, Paris, La Documentation française, 2000, 458 pages.

¹⁹ Tiziano TREU, Labour Law and Social Change, Public Lecture, Novembre 2002, 10 pages, p. 1, disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/edu/publcs.htm>

²⁰ Loi sur Assurance-emploi, L.R.C., c. 23, voir quelques programmes spécifiques mis en place par le gouvernement et disponible sur le site de la Direction Ressources Humaines Canada (D.R.H.C.). En particulier « le programme de soutien au travailleur autonome au démarrage des micro entreprises » Cumul possible de la prestation de l'assurance emploi et des gains au travail; voir l'appréciation des bénéficiaires

Dans les deux cas, les initiatives quand elles existent sont fragmentaires ou absentes. Elles n'aboutissent dans aucun système national à une solution acceptable pour traiter de l'ensemble du problème. Or, dans un contexte d'émergence et de renforcement des formes de travail non salarié dépendant, l'État a un rôle important à jouer en particulier dans le rééquilibrage des rapports contractuels. Le déficit de protection est effectivement au cœur de la problématique. Or, poussé au paroxysme son rôle serait, selon la théorie de T.H. Marshall²¹, d'instituer une **citoyenneté sociale**. Le travailleur, quelle que soit la nature de son contrat, deviendrait propriétaire de droits sociaux sur la base de sa citoyenneté et ces droits seraient exigibles sans même être confrontés au marché²². Une idée chère à l'O.I.T. qui, s'il y avait encadrement du travail non salarié dépendant, pourrait réguler la question en octroyant une couverture sociale adéquate.

Cette théorie de la « démarchandisation »²³ consiste à retirer les droits sociaux du marché; le « (...) service est obtenu et (...) une personne peut conserver ses moyens d'existence sans dépendre du marché »²⁴. Il s'agit là d'une démarche souhaitable mais qui nécessite évidemment une implication politique.

D'ailleurs, Gosta Esping-Andersen²⁵ voit des réserves au « concept de citoyenneté sociale ». Cette approche résolument juridique masque, à ses yeux, les autres variables, telles que le rôle du marché, le rôle de la famille, qui précisément déterminent, elles aussi,

sondés, dans Martine d'AMOURS et al., Diversification et fragmentation du travail, éd. INRES et CRISES, Février 2002, Montréal, 95 pages, p. 30.

²¹ T.H. MARSHALL, Citizenship and Social Class, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, cité par Gosta ESPING-ANDERSEN, Les trois mondes de l'État-providence, coll. « Le lien social », Paris, P.U.F., 1999, 310 p.

²² Ce qui entraîne une « démarchandisation du statut des individus vis-à-vis du marché », dans Id., p. 35.

²³ Id., p. 35.

²⁴ Id.

la nature des États providence²⁶. Ce sont des « forces historiques [en interaction] (...) derrière les différences de régimes »²⁷.

« **L'État-providence « libéral »** » dans lequel l'assistance fondée sur l'évaluation des besoins, les transferts universels modestes ou les plans d'assurances sociales modestes prédominent ». Sous ce régime, l'État ne garantit que le minimum; par conséquent, le marché et l'assurance privée prennent en charge cette fonction de protection sociale. Le Canada et les États-Unis illustrent ce premier type.

L'autre régime « **L'État-providence corporatif et conservateur** », qui symbolise les régimes français allemand et autrichien, offre une protection sociale basée sur le travail salarié. L'objectif primordial reste le maintien des différences statutaires. « Les droits sont, par conséquent, liés à la classe et au statut. »²⁸

Enfin, **L'État-providence « social démocrate »** se caractérise par un niveau élevé de protection sociale. Les principes d'universalisme et de « démarchandisation²⁹ des droits sociaux » gouvernent ce régime. On ne parle pas alors de couvrir des besoins minimaux mais davantage d'assurer « une égalité des plus hauts standards »³⁰. La Suède illustre ce dernier régime.

Les approches proposées par les deux auteurs sont complémentaires dans le sens où Marshall ouvre la porte à une vision universaliste des droits sociaux. Cette vision est

²⁵ Id.

²⁶ De plus, ESPING-ANDERSEN émet une réserve à l'égard du concept de citoyenneté sociale. N'implique-t-il pas une nouvelle « stratification sociale : le statut de citoyen rivalise, ou même remplace, celui de la position de classe », dans Id.

²⁷ Id., p. 48

²⁸ Id., p. 42

²⁹ La démarchandisation (traduction de decommodification) « survient lorsqu'un service est obtenu comme un dû et lorsqu'une personne peut conserver ses moyens d'existence sans dépendre du marché. », Id., p. 35.

³⁰ Id., p. 42

relativisée dans l'œuvre de Esping-Andersen puisque ce dernier relève la complexité et l'enracinement multidimensionnel de l'État-providence qui ne s'avère pas seulement « un mécanisme qui intervient dans la structure des inégalités et qui la corrige éventuellement. [c]'est (...) un système de stratification. Il s'agit d'une force active dans l'organisation des relations sociales »³¹.

Le travail avancé par Esping-Andersen, même s'il comporte une part d'arbitraire, ne peut pas laisser insensible surtout lorsque deux systèmes aussi différents sur le plan historique et les forces en présence, confirme pour partie les distinctions observées entre la France³² et le Canada, quant à leurs modes respectifs ou privilégiés de régulation du travail. L'enracinement complexe d'un État et les ressorts de son intervention ne s'expliquent que par la compréhension du contexte.

³¹ Id., p. 38

³² Voir pour une analyse longitudinale du rôle de l'État en France, les travaux de Marie-Thérèse JOIN-LAMBERT, Politiques sociales, coll. « Amphithéâtre », 2ème éd., Paris, Éditions Presses de Sciences Po et Dalloz, 1997, p. 34 et suiv.

L'auteur dresse un bilan de l'évolution du rôle de L'État : En premier lieu, l'État s'est positionné comme un observateur et un hygiéniste puis progressivement il a assumé un rôle d'État protecteur par lequel il est intervenu de façon à protéger les plus faibles. Cette période sera qualifiée par Robert Castel de « politique sans État ». Par la suite, l'État prend un rôle plus actif. Il devient à la fois « assureur et organisateur des relations professionnelles ». À ce stade, le social et l'économique constituent deux variables en opposition lesquelles seront réconciliées au cours de la dernière période, soit l'avènement de l'État providence, promoteur de l'État social. Ces phases permettent de caractériser les types de protection sociale. Marie-Thérèse Joint-Lambert distingue à cet égard plusieurs étapes de développement. De la seule prévoyance individuelle, on est passé à l'élaboration de lois d'assistance aux plus faibles puis à l'implantation d'un mécanisme d'assurance contre certains risques sociaux. L'objectif était alors de mettre au point une couverture « contre certains risques sociaux par la technique de l'assurance, qui permet aux assurés de socialiser les risques sans pourtant donner un droit sur l'État ». Enfin, l'Après-guerre laisse place à l'idée plus généralisée de l'assurance. C'est l'avènement de la sécurité sociale. Ceci étant « loin de devenir universelle, la protection sociale restera cloisonnée entre divers régimes; et le principe d'assurance restera très prégnant dans le système de sécurité sociale(...) ». D'où l'idée avancée par plusieurs auteurs de parler désormais d'État social et non d'État providence. Sous ce terme, l'État « serait lié par des engagements sociaux illimités » tandis que l'État social désigne « un système qui a pu stabiliser des mécanismes de protections efficaces »

D'ailleurs, le rapport Supiot³³ présente les différentes conceptions d'État social. Il en extrait trois modèles. Le modèle continental est sans doute la forme la plus accomplie d'interventionnisme étatique : « l'État est tuteur de la partie faible au contrat ». Les pays européens davantage visés par ce type sont la Belgique, l'Espagne, l'Allemagne, la France. Le modèle britannique quant à lui se présente comme un système abstentionniste et volontariste, quoi qu'il faille fortement relativiser cette classification en raison de la succession des gouvernements travaillistes et conservateurs qui ont imprimé des visions différentes. Enfin, le modèle nordique intervient à deux niveaux, d'une part dans l'établissement d'un cadre général et d'autre part, plus particulièrement dans l'élaboration d'une armature destinée à la négociation collective. En revanche, l'intervention étatique n'entend pas aller en deçà de ce niveau d'intervention.

Au Québec, le récent rapport Bernier³⁴ privilégie, dans la partie des recommandations destinées aux travailleurs autonomes, **un mode d'intervention mixte**. Il faut combiner à la fois l'interventionnisme législatif (la création d'un régime cadre) à l'intérieur duquel les partenaires sociaux seront appelés à jouer un rôle significatif auprès des « travailleurs non salariés qui fournissent personnellement une prestation de travail pour autrui »³⁵. Le but de ce régime cadre consiste à favoriser les actions prises par des associations ou des regroupements d'associations en vue d'accorder une meilleure protection sociale. Mais ce régime reste à bâtir. Il agit comme facilitateur de l'accès à un régime de protection et son véhicule privilégié est celui de l'action collective. Non contraignant, il se plie en partie « aux aspirations des membres » et à celle d'un milieu sans pour autant « empêcher que les

³³ Alain SUPIOT (dir.), Transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe - Rapport final issu du groupe d'experts institué par la D.G.V de la Commission européenne, p. 13 du document interne; publié sous le titre, Au-delà de l'emploi - Rapport de la Commission européenne, Paris, éd. Flammarion, 1999, 320 p., p. 146-149.

³⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, op. cit., note 11, p. 516.

³⁵ Id., p. 529-530.

besoins de protection sociale ne soient pas exprimés et partiellement satisfaits par d'autres méthodes »³⁶.

Mais bien évidemment une volonté politique doit être clairement affichée pour généraliser l'« accessibilité »³⁷ aux régimes de protection sociale dans la mesure où ils répondent aux besoins légitimes des personnes. Les partenaires sociaux seraient à leur tour appelés à défendre et à promouvoir les intérêts professionnels et socio-économiques. Il s'agit là d'une « nécessité d'intérêt public »³⁸, nécessité récemment affirmée par les instances internationales et en Europe.

En effet, lors de la réunion en l'an 2000 sur « Les travailleurs se situant dans des situations où ils ont besoin de protection »³⁹, des experts de l'O.I.T. réaffirment l'importance d'une action normative sur le sujet. Mais, au préalable, le recours à un dialogue social⁴⁰ s'avère essentiel pour compléter sinon renforcer la volonté politique à un niveau national et international. Il convient de mettre en place de nouvelles actions normatives et impliquer **les partenaires sociaux** dans cette démarche.

« (...) [T]he implementation of such a policy requires a tripartite effort. Governments – national and now more and more local – can contribute by supporting investments conducive to it and by creating a favourable climate.

³⁶ Id., p. 530.

³⁷ Id., p. 409.

³⁸ Id., p. 525.

³⁹ O.I.T., Programme focal sur le dialogue social, la législation du travail et l'administration du travail, Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection, Genève, 15-19 mai 2000, 74 pages, p.7, § 35 et p. 64 et suiv., disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/mewnpr.htm>

⁴⁰ Hedva SARFATI, « Interaction between Labour Market and Social Protection Systems: Policy Implications and Challenges for the Social Partners », (2003) 19/2 The International Journal Of Comparative Labour Law And Industrial Relations, 253-265.

But a collaborative approach of the social parties – both unions and the business community – is decisive for the success of these policies.»⁴¹

En Europe le virage en faveur d'une plus grande flexibilité des relations de travail s'est davantage traduit par un transfert de la régulation aux partenaires sociaux que par une déréglementation pure et simple⁴².

« Indeed in many European countries the need of flexibilization have been met not by deregulating some pre-existing aspects of the employment relationship; but by delegating to the collective parties the task of adopting the legal rules. This kind of collectively regulated flexibility is advocated also by European guidelines.»⁴³

Le besoin d'une régulation du travail que nous qualifions ici de « non salarié dépendant » est presque unanime des deux côtés de l'Atlantique. Dans ce cadre, les partenaires sociaux sont invités à prendre place dans le processus d'élaboration de ces politiques. Mais il y a plus qu'un simple processus de consultation ou de participation, ils sont amenés à jouer un rôle à part entière et c'est là une nouveauté dans l'approche normative des institutions européennes. Les difficultés rencontrées dans l'effort d'harmonisation des législations du travail européennes, mêlées à un contexte de globalisation, ont remis en question les modes d'intervention déployés jusqu'ici. Aujourd'hui, les syndicats européens s'orientent vers des modes de concertation tripartite, ce qui de façon générale remet en question les modes traditionnels d'intervention et ne manque pas d'alimenter la controverse quant aux avantages et aux inconvénients du « hard law » comparativement au « soft law ».

⁴¹ T. TREU, *loc. cit.*, note 19, p. 6, disponible sur le site:

<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/edu/publcs.htm>

⁴² Franz TRAXLER, Martin BEHRENS, *Couverture de la négociation collective et procédures d'extension*, 20 pages, TN0212104S, disponible sur le site :

<http://www.eiro.eurofound.ie/about/2002/12/study/TN0212104S.html>

⁴³ T. TREU, *loc. cit.*, note 19, p. 4.

« The European Institutions have consequently changed their techniques of intervention and regulation : less normative and substantive directives; more procedural regulations, more pattern setting guideline and benchmarking for members states.»⁴⁴.

D'ailleurs du côté canadien, bien que ce soit là le rappel d'une tendance déjà bien marquée, la place accordée aux partenaires sociaux dans la régulation du travail est significative. Par exemple, le rapport Bernier, Vallée, Jobin réclame à cet égard la mise en place d'un régime cadre de représentation collective⁴⁵. Il faut dire que jusque-là le Canada a toujours fait prévaloir la négociation collective comme mode de régulation des déséquilibres sur le marché du travail⁴⁶. D'ailleurs, le professeur H. Arthur concluait en 1965 son étude sur l'entrepreneur dépendant en rappelant cette spécificité canadienne :

« State intervention offers an alternative to countervailing business power. It is an alternative which has been rejected on labour market in favour of collective bargaining. Whether it is a preferable alternative is not the burden of this study; what is important is that we seek out and consider institutional arrangements for redressing the unequal distribution of private power.»⁴⁷

Si l'autonomie collective caractérise le système de relations de travail canadien, force est de constater que **l'impulsion de l'État est aujourd'hui nécessaire** pour au moins ouvrir les portes d'une possible négociation entre de nouveaux acteurs. À cette condition, les **partenaires sociaux deviendront les artisans d'une réglementation protectrice décentralisée**, non uniforme dont la légitimité sera assurée par l'État.

⁴⁴ *Id.*, p. 5.

⁴⁵ J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, *op. cit.*, note 11, p. 531-532.

⁴⁶ Voir à cet égard, le statut exemplaire des artistes exposé *supra*.

⁴⁷ Harry W. ARTHURS, *The Dependent Contractor: a Study of the Legal Problems of Countervailing Power* (1965) 16 n°1 *U.T.L.J.* 89-117, p. 117.

La reconfiguration des modes d'intervention avec une rupture obligée avec l'analyse bipolaire, issue de l'ère de l'industrialisation, s'avère indispensable. Effectivement, la désaffectation des conventions collectives au profit de la négociation individuelle peut justifier de telle crainte, mais ne faut-il pas voir là la reconstruction de nouveaux processus de régulation avec de nouveaux acteurs? Des nouveaux «processus multipolaires de négociation et de régulation»⁴⁸ ? C'est la conclusion à laquelle parvient Ulrich Mückenberger⁴⁹ qui prévoit que :

« (...) [L]es intérêts du travail seront (...) réintégrés (...) une nouvelle combinaison se développera (...) entre une protection étatique de base et des processus multiples et décentralisés de négociation. (...) un nouveau (...) «pacte social» [et les acteurs de ce pacte prendront la forme de différents groupes de défense et scelleront un pacte qui] n'aura plus seulement la forme juridique d'un contrat bipolaire, mais celle d'un accord multipolaire. Et derrière lui (le pacte), il y a de nouvelles alliances qui exigent et garantissent le respect et la solidarité.»

Cette configuration donnée par différents partenaires sociaux nouveaux et anciens traite alors un agrégat d'intérêts non homogènes. Il est, dans ces conditions, indispensable de fournir à ces derniers un **cadre incompressible de principes et droit fondamentaux** destinés à ces travailleurs pour laisser par la suite aux acteurs et aux partenaires sociaux le soin d'établir des règles en adéquation avec leur milieu professionnel. **En somme, il s'agit d'évoluer vers un mode très décentralisé de négociation et de concertation avec un cadre fondateur dirigé par l'État.** Les récentes réflexions posées sur le sujet par le groupe d'experts québécois retiennent en partie ces avenues.

L'enjeu d'une telle démarche nécessite donc de mobiliser plusieurs acteurs au moyen de méthodes renouvelées, car le marché du travail, et aussi celui des biens et services, devient le réceptacle de distorsions sociales pour les travailleurs non salariés dépendants. Pour

⁴⁸ Ulrich MÜCKENBERGER, « Vers une reconfiguration multilatérale du droit du travail » (2002) 1095 suppl. *Semaine sociale Lamy* 27.

⁴⁹ Id.

juguler ce problème majeur, certains principes d'équité doivent s'imposer et servir de balise à cet encadrement.

§-2. *Pour une justice sociale au profit du travailleur non salarié dépendant*

Dans la foulée de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en 1998 ⁵⁰, la Conférence internationale du travail :

« 1. Déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions, à savoir :

- (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;
- (b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire;
- (c) l'abolition effective du travail des enfants; et
- (d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. »

L'O.I.T. souligne l'importance de maintenir un principe **d'équité**, d'assurer la reconnaissance de droits en faveur des entrepreneurs non salariés dépendants et la promotion des droits car :

« (...) la croissance économique est essentielle mais n'est pas suffisante pour assurer l'équité, le progrès social et l'éradication de la pauvreté, et que cela

⁵⁰ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, précitée, note 3.

confirme la nécessité pour l'OIT de promouvoir des politiques sociales solides, la justice et des institutions démocratiques (...) »⁵¹.

Balisée par l'O.I.T., cette orientation a depuis déjà fait l'objet de rapports dans au moins deux Conférences internationales du travail en 2000 et 2003. Celle, tenue en 2003, a insisté sur la nécessité d'agir tant au niveau national qu'international. Elle réclame une intervention « proactive [en vue de] favoriser le consensus et la mise en place d'un cadre pour l'élaboration de politiques de protection efficace des travailleurs dépendants. »⁵². Au plan national, le programme retenu est tout aussi ambitieux et impératif : « [c]'est aux pays Membres qu'il incombe avec la coopération des partenaires sociaux, d'entreprendre la recherche de solutions viables et appropriées à l'échelon national. (...) Promouvoir le travail décent au niveau national suppose notamment de résoudre les problèmes (...) liés au manque de protection des travailleurs dépendants et les répercussions sur la productivité et la compétitivité et la société en général. »⁵³.

La promotion des droits est certes nécessaire, mais aussi le renforcement des mécanismes de protection⁵⁴ pour ces travailleurs reste tout aussi utile. D'ailleurs, c'est là une préoccupation à la fois internationale et nationale qui s'appuie isolément ou en combinaison sur des principes d'égalité, d'équité, de sécurité⁵⁵. La justice sociale est au coeur de ces développements. Elle réunit les principes d'équité, soit assurer un traitement équitable entre les individus, et de sécurité soit, la protection contre des risques que la société juge inacceptable⁵⁶. La rigidité du système actuel et les déséquilibres constatés sont

⁵¹ Id.

⁵² O.I.T, op. cit., note 2, Voir Chap.V, p. 80.

⁵³ Id., p. 85.

⁵⁴ voir sur ce point au Québec J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, op. cit., note 11; M. d'AMOURS et al., op. cit., note 20, p. 53 ; au Canada, J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1.
Eu Europe, l'étude comparative R. PEDERSINI, op. cit., note 11.

⁵⁵ S. ENGBLOM, loc. cit., note 6, 219; J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1, p. 102.

⁵⁶ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1, p. 105.

autant d'arguments qui plaident pour une plus grande équité à l'égard des entrepreneurs non salariés dépendants. Le manque de réalisme constaté auprès de certaines juridictions lors de l'allocation des mécanismes de protection est souvent attribuable à une volonté farouche de se cramponner aux anciens critères, pourtant inadaptés aux nouvelles réalités économiques et sociales.

Quant à la sécurité, la flexibilité a beau être invoquée et justifiée, elle ne doit pas ⁵⁷ s'afficher au détriment de la **sécurité** des travailleurs, tant à l'égard de leurs conditions de travail que de la protection sociale afférente; elle doit au contraire être utilisée à bon escient. La flexibilité des formes et des modalités de travail connaît une évolution irrépressible qui peut être considérée comme une démarche progressiste pourvu qu'elle soit associée à la sécurité⁵⁸.

Par contre, dans certaines situations, la concurrence entre deux principes peut survenir. Il s'agit alors de déterminer lequel parmi les principes de sécurité ou d'équité sera privilégié. Ou autre option, est-il possible de combiner leurs apports? À ces questions, Virassamy⁵⁹ répond par la création d'un «contrat de dépendance» qui, bien que ne constituant pas une catégorie de contrat comme les autres, offre un régime alternatif qui transcende les catégories juridiques classiques. Le contrat de dépendance n'est pas attaché à un contrat en

⁵⁷ « La liberté et la flexibilité que leur confère le statut d'indépendant a beaucoup de prix à leurs yeux de même que ce qu'ils appellent eux-mêmes cette « fibre entrepreneuriale » qui les caractérise » dans, J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, *op. cit.*, note 11, p. 517.

⁵⁸ La majorité des études démontrent qu'en dehors du travail salarié classique la sécurité des conditions de travail est loin d'être aussi bonne chez les travailleurs autonomes. D'ailleurs la législation qui traite des accidents de travail et des maladies professionnelles par exemple au Québec peut couvrir ces travailleurs moyennant le paiement d'une double cotisation : *Id.*, p. 216-222; 440, 441, 541; Marie-France BICH, Pierre DION, Guy LEMAY, Normand RATTI, Rapport sur la location de personnel - Rapport sur la problématique du travailleur autonome - Rapport sur la problématique de l'administrateur et du dirigeant, Montréal, 1997, C.S.S.T., 154 p.

⁵⁹ Georges J. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, vol. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p., p. 165 et suiv.

particulier, il peut s'imposer selon la nature de la relation de fait. Cette solution comporte une flexibilité certaine mais une part d'incertitude. Or, les principes de sécurité et d'équité doivent s'imposer à tous. Par conséquent l'envergure du contrat en cause, son poids économique ne doivent pas rentrer en ligne de compte dans l'application de ces principes. Par exemple, une franchise réputée ne représente pas le même poids économique qu'une dont l'enseigne est naissante. Faut-il pour autant distinguer? Virassamy fait cette proposition. Il estime que certains requièrent la protection fournie par les contrats de dépendance d'autres non. L'accent porte alors sur le principe d'équité. Or, il semble que le principe de sécurité devrait primer sur celui d'équité afin de rendre la situation plus claire et plus stable pour les parties. Ces principes doivent être gouvernés par la permanence, et la puissance économique ne devrait pas être un critère d'application de ces principes. Il faut privilégier la sécurité à l'équité puisque la sécurité est gage d'équité et donc de protection.

En dernier lieu, devrait figurer comme troisième axe le devoir de **loyauté** pour assurer notamment la permanence des obligations principales ou accessoires du non dépendant, par exemple, l'obligation pour le franchiseur d'assister le franchisé dans la conduite de son entreprise.

Que l'on analyse ces trois axes, l'équité, la sécurité, la loyauté, les mécanismes de protection auxquels ils donnent naissance sont transversaux. Il y a donc une double légitimité à intervenir auprès des entrepreneurs non salariés dépendants. Et l'on peut proposer une démarche en vue d'établir un diagnostic.

En premier lieu, il apparaît essentiel de dégager l'ensemble des protections universelles, celles accordées quelque soit le statut de la personne et sa position dans la société, puis d'examiner à l'inverse quels sont les mécanismes de protection accordés de façon sélective aux travailleurs, aux employeurs. Plusieurs mesures de protection devraient être mises en place pour contrer les effets des **dépendances économique et organisationnelle**. Ces dépendances, comme on a pu le voir lors de l'analyse des formes de travail, sont le fruit d'une **distorsion entre l'appartenance et la maîtrise de la**

chose (exemple le chauffeur de taxi), d'un déséquilibre entre le **pouvoir et les responsabilités** (exemple le franchisé). Une meilleure maîtrise de la **dépendance économique** passe par la prise en considération des risques sociaux associés au travail et par la protection et le maintien du revenu. Par ailleurs sous le vocable **dépendance organisationnelle/hiéarchique**, on entend les mesures protectrices destinées à ériger un coussin de sécurité face aux vicissitudes de la vie entrepreneuriale non pas en raison du volet conjoncturel de l'activité mais relationnel, par exemple, les risques d'abus d'autorité ou d'exploitation, le manque d'information ou encore les effets des clauses déséquilibrées ou abusives.

En deuxième lieu, cet examen permettra d'établir un diagnostic à la lumière des **principes de justice sociale**. Il s'agira alors de déterminer jusqu'à quel point la société à la volonté de se doter de tel moyen de protection pour protéger un risque. Autrement dit, établir un diagnostic pour juger de l'inéquité et valider par la suite l'extension des mesures de protection au regard des principes de justice sociale auxquels adhère le pays.

La légitimité d'un encadrement **protecteur et équitable** en faveur de « ces travailleurs » semble acquise tant auprès de la communauté des juristes européens et canadiens qu'auprès de la communauté internationale. Cette démarche peut dans un premier temps s'envisager à un niveau national puisque le contexte étatique exige une introspection dont les effets peuvent varier en fonction des valeurs de la société, de ces politiques et de la forme de l'État. Mais comment procéder? À cet égard Englbom⁶⁰ propose la démarche suivante.

Il faut, selon lui, étudier la portée de chaque loi du travail, voir son incidence sur les droits humains et sur les politiques économiques et sociales. Cette analyse devrait permettre de sonder dans quelle mesure certains aspects de la loi peuvent être élargis aux travailleurs autonomes, pris au sens large, en somme une analyse fine de la portée de chaque loi du travail.

⁶⁰ S. ENGBLOM, *loc. cit.*, note 6, 231.

Cette perspective bien que complexe à mettre en œuvre en raison des variables à considérer possède l'avantage de s'adapter au contexte nord-américain où les lois du travail ont un champ d'application différent de l'un à l'autre. Cette démarche reste de moindre intérêt pour la France où, hormis les régimes spéciaux qui sont d'ailleurs inclus, le Code y est unifié.

Les trois principes d'équité, de sécurité et de loyauté réunis sous le terme de justice sociale doivent être au cœur de l'encadrement juridique du travail non salarié dépendant. Pour l'instant, placé dans une zone de non-droit ou bien résigné à appartenir à une catégorie « pré-formatée », le travail non salarié dépendant navigue sur des mers peu accueillantes. Or, reconnaître son identité c'est à la fois légitimer son existence et le considérer comme un acteur à part entière sur le marché, un acteur faisant partie de la communauté élargie de l'entreprise et de la société.

§-3. *Pour l'identité plurale du travailleur non salarié dépendant?*

« [L]a reconnaissance de l'utilité sociale de cette modalité d'organisation des rapports économiques; (...) c'est consacrer la validité et la légitimité de principes de ces rapports socio-économiques (...) »⁶¹

Certains compromis ont été réalisés au gré des modifications attachées à l'appareil socio-productif tant en France qu'au Québec. De tels régimes ont contribué à calmer les tensions sociales qui pouvaient naître de l'inégalité entre, d'une part, le travailleur subordonné juridiquement, bénéficiaire d'un statut, et le travailleur non salarié dépendant

⁶¹ François EWALD, L'État providence, Paris, Grasset, 1986, 608 p., p. 537.

livré aux seuls principes de l'autonomie contractuelle, d'autre part. Par exemple, la création dans la législation québécoise du concept d'entrepreneur dépendant ou bien l'introduction de régimes spéciaux au Québec et en France (le travail à domicile, les représentants commerciaux) sont autant d'efforts réalisés en faveur d'une reconnaissance implicite de leur identité. Par contre, dans les deux pays, malgré la variété des approches retenues dans chacun, force est de constater qu'on ne peut pas observer une démarche en vue d'une reconnaissance explicite de **l'identité** du travail non salarié dépendant. La notion d'entrepreneur dépendant au Canada a davantage servi le salariat que la reconnaissance d'un nouvel acteur sur le marché. D'ailleurs, l'entrepreneur dépendant est un salarié au sens moderne, il possède un lien de subordination juridique mais « moderne »⁶² « Deux catégories pourront être qualifiées sous le vocable de salarié : (...) les salariés au sens classique du terme (...) l'entrepreneur dépendant ». Ce sont, selon Arthurs⁶³, des entrepreneurs économiquement faibles en raison de la domination soit du fournisseur, soit de l'acheteur, sa dépendance est avant tout économique. Or, le rapatriement sous le salariat n'offre pas une cohérence parfaite. Ne devraient être rapatriés que les faux.

Tout au plus est invoqué **leur besoin de protection sociale**. Fondamentalement ce besoin témoigne de caractéristiques propres à l'entrepreneur non salarié dépendant. Pour creuser davantage dans ce sens, une lecture des dispositions spécifiques introduites dans les régimes dérogatoires au droit commun du travail permet de lancer quelques grands axes ou rubriques pour amorcer la construction d'un contenu protecteur destiné à l'entrepreneur dépendant salarié.

On peut dégager deux axes, un axe activité et rupture de l'activité. Le premier pourrait couvrir les conditions d'exercice des opérations et les modalités d'exercice. Sous cette rubrique seraient contenus les aspects suivants : les clauses contractuelles et leur

⁶² Jean-Yves BRIÈRE, Jean-Pierre VILLAGI (Coll.) Relations de travail - Vol 1, CCH, Brossard, mise en jour périodique, éd. F.M., 2000, § 5.421.

⁶³ H.W. ARTHURS, loc. cit., note 47, 101.

modifications possibles, comme l'intervention de nouvelles instructions, le paiement et les frais afférents de l'activité, le régime de responsabilité. Le second aborderait la question des ruptures et des ralentissements. Dans ce volet serait envisagé, par exemple, les modalités de rupture des contrats, l'indemnité clientèle, les pénalités spécifiques, les congés, les réductions intempestives de l'activité décidées par le maître d'ouvrage/par la conjoncture soit l'inactivité forcée, les obstacles reliés à l'exercice normal.

Outre, la formation d'un corpus de protections, les récentes études statistiques canadiennes progressent vers une meilleure connaissance de cet entrepreneur. Quelques pistes sont ouvertes de ce côté⁶⁴ et devraient être approfondies, mais étendues au-delà du travail autonome.

Récemment, le professeur Adalberto Perulli a dressé une cartographie des caractéristiques communes au travail économiquement dépendant (le para-subordonné) et au travail salarié⁶⁵ :

« besoin de protection sociale (travail individuel et ressources humaines réduites)

- absence de lien direct avec le marché
- nombre de relations contractuelles dont le travailleur tire son revenu mensuel
- rapport avec l'organisation de l'entreprise cliente
- absence de lien de subordination compensée par l'existence de pouvoir de coordination de l'entreprise cliente
- durée de la relation contractuelle ».

⁶⁴ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, *op. cit.*, note 1, p. 94 et suiv.

⁶⁵ A. PERULLI, *loc. cit.*, note 5, 11-12.

Ces points coïncident avec nos observations mais les conclusions et les liens de rattachement aux catégories existantes dressées par l'auteur sont de notre point de vue critiquables.

L'identité de l'entrepreneur non salarié dépendant se dégage d'une double distanciation entre d'une part, sa personne et l'activité et, d'autre part, ses responsabilités et son autonomie. La distanciation entre la personne et l'activité économique est partielle. Au niveau relationnel, l'indépendance fonctionnelle et parfois même organique n'est pas assurée. Le cocontractant lance, coordonne une activité entrepreneuriale qui est détenue par un agent économique, mais reste libéré de tous les risques afférents à cette activité et, au pire, peut décider d'y mettre fin. Peut-on dans ces conditions parler d'autonomie entrepreneuriale, c'est-à-dire confirmer que le travailleur non salarié dépendant a une capacité d'autodétermination dans la prise de risque? L'analyse faite dans le cadre de cette étude conclut par la négative. Globalement, le statut d'entrepreneur, à savoir la liberté, la propriété, l'autonomie et le contrôle, ne correspond pas au visage du travailleur non salarié dépendant observé.

Malgré les obstacles d'ordre conceptuel quant à la détermination du travail non salarié dépendant se pose la question de la gestion juridique de l'entrepreneur non salarié dépendant au sein de rapports sociaux. Les distorsions mises en lumière précédemment démontrent à la fois qu'il faut penser à l'adoption d'un régime de protection à part, mais **« en lien » avec ceux existants**. Créer une troisième catégorie dotée d'un régime de droits et d'obligations rend la question des frontières moins exacerbée. Il faut intégrer les différents régimes de travail selon un continuum libératoire de droits et d'obligations en conformité avec l'identité de chaque catégorie. Les principes d'équité et de justice sociale, de sécurité et de flexibilité dominent cette nouvelle régulation.

Figure 6 - Caractéristiques des différents types de travailleurs

	<u>Entrepreneur</u>	<u>Entrepreneur non salarié dépendant</u>	<u>Salarié</u>	<u>Niveaux d'analyse</u>
<u>Nature du travail</u>	Un ouvrage ou un service	Un travail, un ouvrage ou un service; une activité	Un travail	
	Missions	Missions dont une régulière	Une prestation de travail	Personne/ Activité
<u>Modalités d'exécution</u>	Librement	Personnellement et aide en ressources humaines possible mais limitée	Personnellement	
	Indépendances entrepreneuriales, de direction et d'organisation	Autonomie entrepreneuriale, de direction et d'organisation limitées par la collaboration	Pour le compte et sous la direction et la supervision de l'employeur	Appartenance/ Maîtrise
<u>Au profit</u>	Du donneur d'ouvrage et lui-même	Du donneur d'ordre et lui-même	De l'employeur	
<u>Responsabilité du fait de l'ouvrage</u>	Toute	Toute	Aucune sauf faute grave	Pouvoir/ Responsabilité
<u>Effet ou contrepartie de la relation</u>	Profit ou perte	Profit-perte et rémunération sont liés Captif de l'existence et du maintien de la relation	Rémunération Lien alimentaire	
<u>Conséquence de la relation</u>	Accroître le chiffre d'affaires	Existence personnelle et entrepreneuriale	Existence personnelle	

Section 2 - Exploration en faveur d'un traitement spécifique du travail non salarié dépendant

D'un point de vue pratique, les formes contractuelles précédemment exposées, à savoir le travail indépendant, le travail à domicile, la franchise, le mandat, le louage ont montré, indépendamment des cas de fraude, qu'elles combinent des qualités de souplesse, de rentabilité. Elles peuvent aussi offrir à l'un des cocontractants **la maîtrise sans appartenance, le pouvoir sans responsabilité** et tout cela au détriment de la forme la plus accomplie de « mise au travail », le salariat.

Fruit des innovations de la structure productive, le travail non salarié dépendant requiert un régime juridique novateur doté de mécanismes de protections adéquats. **L'esprit entrepreneurial dont ils font preuve ne peut plus justifier aujourd'hui une renonciation aux mécanismes de protection sociale et du travail les plus élémentaires.**

À l'heure actuelle, l'exploration en faveur de solutions plus appropriées est en route. On spécialise le droit, on ouvre de **nouveaux régimes de travail dotés de statuts spéciaux**. Face à cette évolution en cours surgissent des mises en garde. Il faut éviter, comme le souligne Georges Virassamy⁶⁶ en rapportant les propos de Josserand, « (...) la reconstitution en droit privé français d'un droit de classe. Il entendait par là la création d'un droit professionnel qui se subdivisait naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions que chaque individu pouvait occuper dans la société. ». Il s'agit là d'un **spectre** possible dont on peut à

⁶⁶ Georges VIRASSAMY, « Les relations entre professionnels en droit français, dans Jacques GHESTIN, Marcel FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, vol. 261, coll. « Biblio. de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 479.

travers l'étude qui vient d'être faite, mesurer les effets pervers mais en d'autres termes.

Par exemple, pour la représentation commerciale, il existe en France pas moins de trois statuts possibles (le salariat, le V.R.P.⁶⁷, l'agent commercial⁶⁸). Cette spécialisation du droit ravive la question des qualifications juridiques et relance alors le débat sur le terrain purement juridique, on risque en conséquence de perdre l'intérêt pratique⁶⁹ de la question. De plus, l'analyse comparée a révélé des divergences importantes entre le Canada et la France du point de vue de l'interventionnisme législatif⁷⁰, le Canada n'ayant pas une tradition d'intervention législative soutenue. Dans ce contexte, il serait illusoire de soutenir une approche fondée sur une intervention législative spécifique. Ce double constat, conduit à la **proposition d'un régime juridique général destiné au travailleur non salarié dépendant. Ce régime doit allier à la fois le pragmatisme du droit du travail et les grands principes dégagés de l'évolution récente du droit civil. (§-3).**

Il s'agit de combiner à la fois des mesures destinées à **lutter contre les effets inéquitables** que produisent les régimes actuels de travail non salarié dépendant et d'assurer simultanément **le respect de leur vocation et de leur identité entrepreneuriale**. Cette articulation conceptuelle ne peut se réaliser que dans la mesure où les notions **d'identité et d'équité, de sécurité et de loyauté** gouvernent cette démarche.

À l'heure actuelle, l'abîme entre le statut social de salarié et les travailleurs non salariés dépendants est trop vaste. Il laisse une place importante à l'inéquité. Cet écart constitue un avantage certain pour ceux qui y ont recours puisqu'il leur permet de dégager des économies substantielles en échappant, entre autres, à la charge des coûts salariaux ou des investissements. Réduire cet écart contribuerait à désamorcer toute velléité de recours à ce type de statut de travail fondé uniquement sur la volonté d'échapper aux contraintes sociales. Plus fondamentalement, il s'agit de **combler les disparités** entre le régime de

⁶⁷ Infra, Partie 1, Chapitre 3.

⁶⁸ Infra, Partie 2, Chapitre 2, Section 2.

⁶⁹ Supra.

⁷⁰ Infra, Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §-1.

protection du salarié et ces autres formes de travail non salarié dépendant. Mais plus que cela leur existence semble légitime, car elles répondent à une aspiration profonde.

Le travailleur non salarié dépendant constitue un citoyen à part entière. Il ne ressemble pas au salarié; il exige la création d'**un statut social**, pensé en fonction de son identité propre et non en rapport avec une analyse binaire, être salarié ou ne pas l'être. Il faut que lui soit reconnu le bénéfice d'un régime de protection sociale confortable⁷¹.

En partant de ces principes fondateurs, plusieurs pistes seront avancées destinées à reconnaître et à établir un régime de protection fondamental pour les travailleurs non salariés dépendants; cette perspective typiquement européenne sera analysée sous l'intitulé « l'approche des cercles concentriques » (§-1). Cette première perspective sera suivie d'une approche plus fragmentée et pragmatique retenue principalement pour les pays de la common law : « l'approche pragmatique et fragmentée » (§-2). Dans le cadre de ce travail prospectif, le portrait s'étendra à d'autres pays afin d'élargir les perspectives de réflexion.

§-1. L'approche des cercles concentriques

Aux niveaux national et européen, d'importants travaux de recherche ont été effectués ces dernières années en ce sens; ils sont issus des deux traditions juridiques (common law et droit civil). Malgré la diversité des travaux naît une constante, la volonté de mettre en place une série de droits cumulatifs représentés sous la forme de **plusieurs cercles concentriques**. Selon une variable qui peut être le degré de dépendance ou un statut de travail défini, les travailleurs, pris au sens large, se voient octroyer une série de droits

⁷¹ Voir à ce propos la revendication amorcée par l'U.C.M. en Belgique dans la revue hebdomadaire Unions et Actions n° 9 en date du 28 février 2003. Disponible sur le site <http://www.unc.be>

« Les indépendants ont fixés leur priorités sur la pension de vieillesse, l'amélioration des indemnités d'incapacités de travail, la révision fondamentale du régime des petits risques en soins de santé et l'égalisation des allocations familiales, successivement par ordre d'importance »

attachés au cercle auquel appartient le travailleur en question. La particularité de ce mécanisme est d'asseoir un ensemble de prérogatives, un socle de droits pour tous les travailleurs, soit d'offrir une base commune. Ce socle peut se bonifier par la suite avec l'incorporation de nouveaux droits à condition que le statut du travailleur ou le besoin de protection le requiert. Globalement, ces propositions ont pour constante la dévolution des droits selon un principe de poupées gigognes et le degré nécessaire de protection détermine l'octroi de droits. Maintenant, on observe des variantes qui seront présentées de la forme la plus intégrée jusqu'à la proposition la moins précise.

En Italie, l'**approche dite « des cercles concentriques »** de Alleva et d'Antona, également développé par Leonardi⁷², consiste à assurer la mise en place progressive de mécanismes de protection en fonction du niveau de dépendance du travail constaté. À l'extrême, le plus grand cercle regroupe les travailleurs autonomes auxquels sont garantis des droits de base. Puis, progressivement, plus le degré de dépendance du travailleur envers la direction d'entreprise s'accroît, plus le niveau de protection s'élève. Notons que cette modularité du niveau de protection en fonction de la dépendance est soutenue par plusieurs auteurs dont Alain Supiot.

Treu⁷³ propose également l'agencement de trois cercles, chacun ayant un champ d'application différent. Le premier cercle s'attache à accorder à toute forme de travail une série de droits, et ce, quel que soit son niveau de dépendance ou d'indépendance, ce que Alleva et Antona appellent les droits de base et que l'auteur ici précise. Seraient consacrés les droits constitutionnels, tels que le droit d'association, le droit à l'action collective ainsi qu'une série de droits individuels comme le droit au respect de la vie privée, l'accès à l'éducation, la formation et le marché du travail et enfin le droit à la santé et sécurité au travail.

⁷² G. GHEZZI (dir.), La disciplina del mercato del lavoro, Ediesse, 1996, cité par Salvo LEONARDI, Télétravail et droits de base, document sans date, 17 pages, non publié, p. 9, [http //www.iwerf.be](http://www.iwerf.be)

⁷³ T. TREU, loc. cit., note 19, p. 3.

Le second cercle de droits accorde spécifiquement aux travailleurs de la « zone grise » qui, outre les droits accordés en vertu du premier cercle, cumulent certains droits spécifiques. Ces droits bien qu'inspirés des droits dévolus aux travailleurs salariés n'en conservent pas moins leur spécificité. Parmi ces droits, l'auteur souligne l'importance d'une protection en cas de maladie, de maternité, de ralentissement économique significatif. Il envisage également de déployer des mécanismes d'assurance prévisionnelle pour l'absence de travail, la rupture injustifiée d'un contrat ou encore la retraite.

En dernier lieu, le troisième cercle correspond à l'attirail juridique actuel, destiné aux travailleurs salariés. La richesse de cette proposition tient davantage au contenu des droits consacrés. En effet, l'auteur entend accorder une protection à l'égard des risques liés à la vie personnelle (maladie/maternité) et professionnelle dans sa dimension économique (ralentissement économique) mais aussi juridique (rupture brutale d'un contrat). Le découpage qu'il retient reprend les ambiguïtés de l'état du droit positif.

En France, Alain Supiot⁷⁴ propose pour l'avenir du droit social « la formation d'un état professionnel » lequel aurait pour armature quatre cercles concentriques. Cette proposition sur les mêmes principes que précédemment évoqués introduit un nouveau concept, celui « d'activité professionnelle » et un nouvel acteur « non professionnel ». Sa vision plus englobante prône également un principe de dévolution parcimonieuse des protections et des droits. Par contre, les réserves se posent davantage sur la notion d'activité professionnelle. Nous pensons qu'il faut distinguer entre le propriétaire qui dispose de l'autonomie nécessaire dans la direction de l'entreprise et pour lequel le régime de protection se doit d'être distinct de celui qui, à l'inverse, subit un déficit d'autonomie dans la direction et crée une distorsion entre son lien de propriété et la responsabilité qu'il assume.

⁷⁴ Alain SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi » (1997) 3 Droit social 241-242; SUPIOT Alain (dir.), op. cit., note 33, p. 13.

Le premier regrouperait les « **droits sociaux dits universel** », ceux qui indépendamment de tout travail seraient garantis. Sur ce point, Alain Supiot observe l'universalité d'au moins deux droits, ceux des prestations familiales et ceux de l'assurance maladie.

Le second cercle fondé sur **le travail non professionnel**, délivre une série de protections accordées au travail socialement utile (le bénévolat par exemple).

Le troisième cercle attacherait **au droit commun de l'activité professionnelle** certains principes accordés d'ores et déjà par le droit interne, tels que la liberté syndicale, l'alignement de certains droits sociaux des indépendants sur le régime général ou par le droit communautaire, tels que les principes de non discrimination entre homme et femme.

En dernier lieu, **le droit propre au travail salarié**, ce droit du travail auquel il est recommandé d'adjoindre un principe de « gradation des droits en fonction de l'intensité de cette subordination »⁷⁵.

Autrement dit, chaque cercle donnerait accès à un certain nombre de droits, de mesures protectrices accordées en fonction de la nature du travail exercé, à savoir le travail, le travail utile mais non professionnel, l'activité professionnelle et enfin le travail salarié. Il couvre le travail dans une variété de dimensions, et propose d'élaborer un droit commun de l'activité professionnelle.

Plusieurs types d'enseignement peuvent être dégagés de ces propositions. Dans ce modèle de protection le « niveau de dépendance » sert de tare à la détermination du degré de protection. Chaque niveau de dépendance même le plus ténu génère une forme de protection de base. Ce système de protection « gigogne » reconnaît minimalement un niveau de protection. Chaque nouveau cercle de protection signe une plus grande forme de dépendance et, sans donner lieu à un nouveau régime de protection, vient chaque fois le compléter. Ce mécanisme semble souhaitable dans la mesure où il réduit l'inégalité dans

⁷⁵ Alain SUPIOT (dir.), op. cit., note 33, § 210.

l'attribution de la protection sociale entre les formes d'accès au travail. En outre, l'octroi d'un régime de base semble limiter les questions d'insécurité et de disparité, à condition évidemment que ce régime soit suffisamment étoffé et non purement symbolique pour justement s'imposer auprès des acteurs. Du même coup, l'intérêt surestimé à l'égard de certaines formes de travail pourrait en être réduit.

Par contre, il est certain que la question des frontières entre les différents régimes reste la même, et qu'il demeure délicat de situer en fonction d'un degré de dépendance un travailleur et le niveau de protection auquel il a droit, à moins d'instrumentaliser à l'extrême les critères.

Dans les propositions doctrinales de Supiot et Treu, deux constantes sont observables. Les auteurs concluent l'un et l'autre à la nécessité de créer un corpus de droits quelle que soit la nature du travail effectué et de les attribuer de façon progressive. Par contre, les critères d'attribution sont différents. La doctrine italienne privilégie le degré de dépendance, la doctrine française quant à elle, met de l'avant le statut, un statut qui, selon Supiot, couvre et caractérise l'activité au sens large du terme.

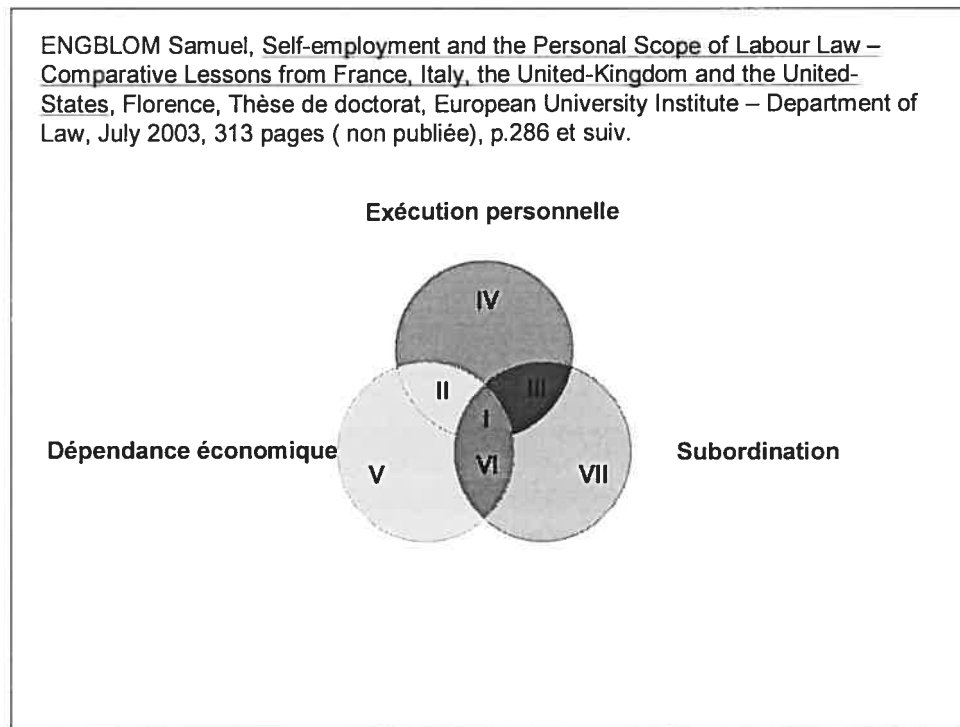
Dans une formule plus élaborée encore, il faut mentionner une nouvelle approche dite « Overlapping circle »⁷⁶ des cercles superposés. L'auteur Samuel Engblom⁷⁷ propose d'aller plus loin. Il reprend l'approche circulaire mais pour offrir au droit du travail un champ d'application plus vaste par une meilleure compréhension des combinaisons de travail existantes. Il relève à cet égard trois caractéristiques du droit du travail, soit l'exécution personnelle du travail, la subordination et la dépendance économique. Par une

⁷⁶ Samuel ENGBLOM, Self-employment and the Personal Scope of Labour Law – Comparative Lessons from France, Italy, the United-Kingdom and the United-States, Florence, Thèse de doctorat, European University Institute – Department of Law, July 2003, 313 pages (non éditée).

⁷⁷ Id.

simple superposition des cercles, l'auteur obtient 7 combinaisons de travail possibles représentées ci-dessous.

Figure 7 « Overlapping circle » une approche proposée par Samuel Engblom



La zone I comprendrait l'employé traditionnel qui combine la réunion des trois éléments caractéristiques du contrat de travail. Celle identifiée par II n'est pas subordonnée, elle couvre alors les travailleurs parasubordonnés et l'auteur cite en exemple la *parasubordinati* italienne⁷⁸. La zone III caractérise les travailleurs subordonnés mais non dépendants économiquement, soit les travailleurs de la construction. Quant aux véritables travailleurs indépendants ils occupent la zone IV. Enfin, l'auteur précise que les trois zones restantes, soit celles qui ont en commun de ne pas exécuter personnellement le travail, regroupent les sous-contractants.

⁷⁸ Id., p. 288.

À partir de ces combinaisons, il s'attaque à la rétribution des protections tirées de la législation du travail seulement et abonde dans le sens que les travaux de Treu. La cohérence des mécanismes de protection est fonction des trois caractéristiques présentées plus tôt. Les combinaisons où sont en jeu l'exécution du travail personnel contiennent les protections fondamentales relatives à l'être humain : la non discrimination, la liberté d'expression et les droits politiques, la liberté d'association, le droit d'organiser et de participer aux activités syndicales, les protections relatives aux dangers physiques⁷⁹. En ce qui a trait à la dépendance, il raccroche les protections en matière de rupture de contrat, de rémunération et le droit de négocier et de faire grève. Notons que l'auteur n'attache pas à l'intégralité de ce cercle de tels droits; par exemple, la seule dépendance économique sans combinaison avec les deux autres caractéristiques ne permet pas l'octroi des protections précédemment mentionnées. En ce sens, on ne s'éloigne guère de l'état du droit actuel. Enfin la zone de subordination offre une dévolution parcimonieuse de la législation du travail. Les situations de travail qui combinent subordination et exécution personnelle ou subordination et exécution personnelle et dépendance économique auront quant à elles, le bénéfice de l'entière législation du travail, celles qui ne répondent qu'à la subordination ou à la subordination et la dépendance économique n'auront qu'une infime parcelle de ce corpus protecteur. En effet, seule une partie de la législation en matière de santé et sécurité leur serait applicable.

Cette approche s'inscrit fondamentalement dans la perspective de redéploiement du droit du travail. D'ailleurs à plusieurs reprises, l'auteur souligne cette préoccupation de remédier à l'exode du droit du travail :

« (...) it comes to upholding the mandatory nature of labour law. (...) this approach have the advantage of tying labour law coverage to functional criteria rather than particular status »⁸⁰.

⁷⁹ *Id.*, p. 289.

⁸⁰ *Id.*, p. 294.

Par contre, on peut lui reprocher de rester dans la seule sphère du droit du travail pour un problème qui le dépasse et qui reste, rappelons-le, en grande partie à l'origine de sa faillite. Par ailleurs, l'approche encourage la fragmentation des mécanismes de protection, et ce, malgré les propos de l'auteur qui plaide pour une certaine facilité d'application compte tenu que l'on peut isoler l'objectif de chaque loi à l'aide des trois caractéristiques : « (...) the model has the advantage that the applicability of the law will depend on only one of the concerns at a time. »⁸¹. Sur un plan conceptuel, l'approche adhère résolument à la méthode des indices utilisée par la jurisprudence contemporaine. Par conséquent et compte tenu de ce qui précède, **il apparaît difficile de promouvoir de réels changements dans un contexte où les prémisses de base restent les mêmes tant d'un point de vue conceptuel que lorsqu'il est question d'associer à cette proposition un régime de protection adéquat.**

Les propositions faites précédemment⁸², n'offrent pas, de notre point de vue, une formule d'avenir destinée répondre aux enjeux et aux situations de travail non salarié dépendant dans la complexité où elles se trouvent présentement. Une autre alternative a été proposée, celle dite de « l'approche fragmentée ».

⁸¹ Id., p. 293.

⁸² Partie II.

§-2. *L'approche pragmatique et fragmentée*

Le rapport européen sur le travail économiquement dépendant⁸³ distingue pour sa part trois situations qui chacune nécessite un degré **d'intervention** plus ou moins impérieux. Il y aurait une série de droits pour lesquels il existerait d'ores et déjà une « osmose » entre les régimes, d'autres pour lesquels certains aménagements législatifs seraient requis et enfin une troisième série de droits et de mécanismes de protection qui eux devraient polariser tous les efforts législatifs. Ces trois degrés d'interventionnisme sont représentés schématiquement ci-dessous :

Figure 8 - Une proposition européenne pour la protection du travailleur économiquement dépendant – Adelberto PERULLI

PROPOSITION EUROPÉENNE EN FAVEUR DE LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR ÉCONOMIQUEMENT DÉPENDANT*		
HARMONISATION RÉALISÉE ENTRE LE TS* ET LE TI**	HARMONISATION PARTIELLE ENTRE LE TS ET LE TI	HARMONISATION À RÉALISER ENTRE LE TS ET LE TI
<ul style="list-style-type: none"> •Couverture sociale •Formation professionnelle; •Services pour l'emploi; Mesures incitatives à la création d'emploi; •Hygiène et sécurité d'emploi <p>*TS: travail salarié **TI: travail indépendant</p>	<ul style="list-style-type: none"> •Étendre certains droits économique et sociaux (fondamentaux) •Hygiène et sécurité •Non discrimination •Égalité 	<ul style="list-style-type: none"> • Élaborer une réglementation contractuelle •Formaliser le contrat •Définir l'objet du contrat •Les modalités de rémunération •Maternité, maladie, accident, motif familiaux grave: introduire un droit de suspension de la relation contractuelle •Résiliation contractuelle •Formation •Droit d'association
<p>*PERULLI Adelberto, <i>Étude sur le travail économiquement dépendant ou parasubordonné</i>, Audition publique « Le travail économiquement dépendant ou parasubordonné », Parlement européen et Commission de l'emploi et des affaires sociales, 16 juin 2003, 22 pages, p.14 disponible sur le site : http://www.europarl.eu.int</p>		

⁸³ A. PERULLI, *loc. cit.*, note 5, 14.

Quelques remarques à propos de cette classification : les trois types d'harmonisation présentés dans le rapport européen montre le chemin qu'il reste à parcourir pour doter ces travailleurs d'un corpus de droits et de mécanismes de protections adéquats. On observe également que certains droits ne sont pas encore acquis à ces travailleurs, et ce, malgré leur dénomination de « fondamentaux ».

Enfin, si on analyse la dernière colonne, celle pour laquelle tout est à faire, le type d'intervention choisi peut difficilement être transposable au contexte nord-américain compte tenu de sa faible tradition de formalisme juridique⁸⁴.

Enfin, Paul Davies et Freeland⁸⁵, dans leur proposition de découpage en quatre groupes de contrats distincts, rappelée ci-dessous, précisent le type de régulation juridique adéquat pour chacun.

⁸⁴ Contrairement à de nombreux pays européens le contrat de travail par exemple en Amérique du nord n'a pas l'exigence d'un formalisme précis, il peut être par exemple être oral.

⁸⁵ Paul Davies, M. Freeland, « Employee, Workers and the Autonomy of Labour Law », in D. Simon and M. Weiss (eds.), Zur Autonomie des Individuums – Liber Amoricum Spiros Simitis, Baden-Baden, 2000, p.34, cité par S. ENGBLOM, loc. cit., note 6, 226-227 et par J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, op. cit., note 1, p. 96 et suiv.

Figure 9 - Les quatre groupes de contrat selon Paul Davies et Freeland

	<u>Travail salarié</u>	<u>Travail para-subordonné</u>	<u>Travail personnel autonome</u>	<u>Travail indépendant</u>
<u>Exécution personnelle</u>	±	±	±	=
<u>Lien de subordination juridique</u>	±	=	±	=
<u>Dépendance économique</u>	±	±	=	=
<u>Produire un résultat</u>	≡	≡	≡	±
<u>Faire tourner sa propre affaire</u>	=	=	=	±
<u>Régulation juridique</u>	<u>Droit du travail</u>	<u>Droit mixte</u>	<u>Droit mixte</u>	<u>Droit commercial</u>

Enfin, dans le cadre du rapport à la Commission canadienne du droit, les auteurs Fudge et al.⁸⁶ proposent une régulation du travail selon trois dimensions sommairement énumérées, ventilées en fonction du groupe d'appartenance des travailleurs (prolétariens).

Les auteurs proposent en premier lieu la dimension « **Social Justice** » qui comprend les questions liées aux droits de la personne (loi anti-discrimination, loi sur l'équité en matière d'emploi et sur l'équité salariale).

La seconde dimension intitulée « **Economics Terms And Governance** » saisit les normes minimales de travail, les règles relatives à la négociation collective ainsi que les prescriptions issue de la common law.

⁸⁶ J. FUDGE, E. TUCKER, L. VOSKO, *op. cit.*, note 1, p. 102.

Enfin, la dernière « **Social Wage and Social Revenue** » couvre l'assurance emploi, le régime public de retraite, les indemnités compensatrices destinées aux employés et l'impôt sur le revenu.

L'idée consiste à ventiler les droits en fonction des quatre types de relations de travail possibles, selon trois dimensions de la régulation du travail. En ce sens, cette typologie s'inscrit dans la même veine que celle proposée par Davies Freedland.

Ils proposent un redéploiement du champ d'application du droit du travail accompagné d'une reconfiguration des institutions. Les auteurs appuient leur démarche sur trois volets, le normatif, l'institutionnel et l'économique.

La régulation normative doit s'appuyer sur deux principes : le principe de justice sociale et celui du traitement équitable. Il faut réduire les distorsions observées sur le marché du travail en nivelant les différences de traitement observées avec le découpage statutaire actuel. Enfin, sur le point de la rationalité institutionnelle, il est certain que l'élimination des frontières actuelles réduirait à la fois l'incertitude juridique née de ces situations, en plus d'alléger l'investissement administratif qui consiste à déterminer si un travailleur est ou non salarié.

Par contre les mêmes auteurs soulignent qu'avec une portée élargie de la régulation du travail, la fastidieuse administration des tests serait remplacée par une méthode simplifiée. Ce nouveau test axé sur des données objectives comme le « amount business capital » ou « le nombre de travailleurs sous contrat » permettrait selon eux de distinguer ceux qui vendent leurs services pour survivre et ceux qui réinvestissent en capital ou embauchent des travailleurs.

Finalement, parmi leurs recommandations, les auteurs envisagent d'accorder les mêmes droits et avantages issus de la législation du travail aux travailleurs autonomes qui sont dépendants économiquement de la vente de leur capacité de travail. Ce simple principe de base, corroboré par des données statistiques étudiées par les auteurs, permettrait de toucher

selon eux la plus grande partie des travailleurs sauf ceux qui ne sont pas dépendants de leur propre travail pour vivre.

Les auteurs précisent que cette approche est l'amorce d'une réflexion plus vaste qui pourra s'étendre aux conditions pour lesquelles la portée de certaines lois peut être modulée selon telle catégorie de travailleurs et selon leur relation de travail. Sur un plan institutionnel, les auteurs ne cachent pas les nombreuses difficultés à venir lors de l'adoption de cette nouvelle régulation du travail puisque la grande majorité des lois du travail sont fondées sur le travail salarié défini classiquement. C'est également une réserve importante qu'il nous est possible d'émettre. Cette proposition étant à notre sens trop prématurée.

C'est également le constat auquel aboutit Alain Supiot, certains droits sont effectivement applicables, et ce, quelle que soit la nature de leur contrat. Et l'auteur de fournir l'exemple du « principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes »⁸⁷.

Promouvoir l'équité au sein du marché du travail apparaît essentiel. Mais plusieurs précautions doivent être prises. La promotion de l'équité pour le travail non salarié dépendant répond à un besoin spécifique, elle appelle donc la prise de mesures spécifiques. Par ailleurs, il est important de préserver l'équilibre et les garanties attachées au travail salarié. En soi, l'équité doit être à la fois **interne**, c'est-à-dire être maintenue au cœur du régime du travail non salarié dépendant, mais aussi **externe**, soit dans la relation de ce régime avec les autres. Enfin, les dispositions protectrices qui seront envisagées devront être adaptées aux situations de travail non salariées dépendantes encore à définir.

Dans ce contexte, offrir un régime juridique doté de droits et des protections capable d'épouser les caractéristiques identitaires du travail non salarié dépendant semble une avenue souhaitable.

⁸⁷ A. SUPIOT (dir.), op. cit., note 33, § 210.

selon eux la plus grand parties des travailleurs sauf ceux qui ne sont pas dépendants de leur propre travail pour vivre.

Les auteurs précisent que cette approche est l'amorce d'une réflexion plus vaste qui pourra s'étendre aux conditions pour lesquelles la portée de certaines lois peut être modulée selon telle catégorie de travailleurs et selon leur relation de travail. Sur un plan institutionnel, les auteurs ne cachent pas les nombreuses difficultés à venir lors de l'adoption de cette nouvelle régulation du travail puisque la grande majorité des lois du travail sont fondées sur le travail salarié défini classiquement. C'est également une réserve importante qu'il nous est possible d'émettre. Cette proposition étant à notre sens trop prématurée.

C'est également le constat auquel aboutit Alain Supiot, certains droits sont effectivement applicables, et ce, quelque soit la nature de leur contrat. Et l'auteur de fournir l'exemple du « principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes »⁸⁷.

Promouvoir l'équité au sein du marché du travail apparaît essentiel. Mais plusieurs précautions doivent être prises. La promotion de l'équité pour le travail non salarié dépendant répond à un besoin spécifique, elle appelle donc la prise de mesures spécifiques. Par ailleurs, il est important de préserver l'équilibre et les garanties attachées au travail salarié. En soi, l'équité doit être à la fois **interne**, c'est-à-dire être maintenue au cœur du régime du travail non salarié dépendant, mais aussi **externe**, soit dans la relation de ce régime avec les autres. Enfin, les dispositions protectrices qui seront envisagées devront être adaptées aux situations de travail non salariées dépendantes encore à définir.

Dans ce contexte, offrir un régime juridique doté de droits et des protections capable d'épouser les caractéristiques identitaires du travail non salarié dépendant semble une avenue souhaitable.

⁸⁷ A. SUPIOT (dir.), op. cit., note 33, § 210.

§-3. *Pour un régime juridique destiné au travailleur non salarié dépendant*

Il convient de proposer à la lumière des différentes analyses des formes de travail effectuées tout au long de cette recherche, un régime qui puisse répondre adéquatement aux besoins des travailleurs non salariés dépendants tels que définis dans le chapitre précédent. L'articulation entre ce régime et celui propre au salariat sera abordée à la fin de cette partie.

Pour assurer une meilleure adéquation entre les situations de faits vécues mises en relief dans les parties précédentes et leur encadrement juridique, plusieurs mécanismes de protection s'avèrent essentiels. Ils doivent couvrir non seulement les étapes de la formation du contrat (1), de l'exécution (2) et de la rupture du contrat (3). Un triple palier de création normatif sera alors nécessaire. Un premier palier sera constitué d'un corpus de droits fondamentaux qui encadreront, accompagneront et baliseront les deux autres paliers. Le second palier sera le fruit de l'action législative puisque l'État⁸⁸ doit se porter garant d'une telle entreprise et favoriser l'émergence de solidarités entre les travailleurs partageant les mêmes conditions de travail. Le troisième palier apportera la légitimité du milieu, il donnera naissance à un encadrement modelé par les parties grâce à la négociation.

⁸⁸ Sur l'importance du rôle de l'État, voir supra.

(1) La formation du contrat

Deux axes d'intervention doivent être envisagés, l'obligation d'information **(a)** et son corollaire le renforcement de la protection du consentement **(b)**.

(a) L'obligation
d'information

La cause même de la faiblesse de l'entrepreneur non salarié dépendant est son ignorance, son incompetence. Du simple fait d'être théoriquement un professionnel l'obligation d'information s'en trouve amoindrie. En pratique les développements précédents ont pourtant démontré, dans le cadre du contrat de franchise et, plus marginalement, dans le cadre du travail à domicile, que la nature et la qualité des informations transmises sont essentielles au maintien de l'équilibre contractuel d'une relation. La France et le Québec possèdent certes des dispositions à cet effet. Par exemple, le droit français prévoit des dispositions à ce propos dans le Code de la consommation ainsi que dans le Code de commerce⁸⁹. Au Québec, seules les dispositions issues du droit des obligations et de celles du contrat de consommation s'appliquent. Dans les deux cas, ces dispositions ne remplissent pas les besoins propres au travail non salarié dépendant. Elles sont insuffisantes et inadéquates.

Inadéquates dans la mesure où la qualité de professionnel attachée le plus souvent à l'entrepreneur confère aux yeux de la loi et des juges une atténuation significative de la portée de cette obligation, le travailleur étant alors considéré théoriquement compétent et

⁸⁹ Art. L. 330-3 du Code de commerce, Loi n°89-1008, 31 déc. 1989, loi dite Doubin.

averti. Il peut certes être compétent en son domaine et ne pas saisir l'incidence contractuelle de la signature de certaines obligations, ou encore, s'avérer profane dans son secteur et cumuler ainsi deux tares sans pour autant quitter sa qualité de professionnel. Le droit commun des contrats, et plus spécifiquement le droit de la consommation, distingue le sujet de droit alors même que le principe d'obligation d'information devrait s'imposer quel que soit le sujet et ce, conformément à une approche **réaliste**. Le seul avantage de la disposition actuelle du Code de commerce français est de faire peser d'avance cette obligation sur le franchiseur. Il appartiendra néanmoins au franchisé de prouver le vice du consentement et le préjudice subi. En ce sens, ces dispositions sont **insuffisantes** puisqu'elles ne sont qu'un « simple rappel du droit commun »⁹⁰. On notera en dernier lieu que cette fonction a pu être reléguée au droit de la concurrence⁹¹ qui, indirectement assure par exemple l'élimination de certaines clauses contractuelles. La législation européenne en matière de franchisage est sur ce point éclairante. Elle ne saurait pour autant suffire à protéger le travailleur non salarié dépendant ne jouant qu'un rôle subsidiaire et non spécifique.

En conséquence de quoi, le régime juridique du travail non salarié dépendant devra contenir une **obligation précontractuelle d'information renforcée contenue au droit des contrats**. Cette obligation devra se prolonger au cours de l'exécution du contrat puisque le conseil n'a de sens qu'une fois exécuté. Elle pourrait s'imposer pour les obligations essentielles au contrat à savoir : sa durée, et les conditions associées à son éventuel renouvellement ou non-renouvellement, les causes et modalités de résiliation ou de cessation, les implications financières contenues au contrat, ainsi que la portée de ses

⁹⁰ Philippe Le TOURNEAU, Le contrat de franchisage, Paris, Éditions Juris-Classeur Litec, 2003, 309 p., p. 135; Martine BEHAR-TOUCHAIS, Georges VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, coll. « Traité des contrats », Paris, L.G.D.J., 1999, 911 p., §- 70.

⁹¹ Voir pour une analyse critique de cette fonction de protectrice du droit de la concurrence, Jacques GHESTIN, Isabelle MARCHESSAUX-VAN MELLE, dans Jacques GHESTIN et Marcel FONTAINE (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p., p. 1-72, p. 35-36.

prestations caractéristiques et des clauses restrictives d'activités qu'il contient. Cette obligation est d'autant plus essentielle que l'on se situe dans une relation de dépendance où la domination de fait du collaborateur dominant s'exerce sans que les protections consuméristes traditionnelles s'appliquent pleinement. Mais cette mesure ne saurait être complète sans une protection administrative spécifique. Les obligations d'informations spécifiques pourront être précisées ou fixées au moyen d'un **contrat-cadre catégoriel** déterminé par les acteurs et les partenaires du champ contractuel visé ou du secteur visé. Ce dernier point est important non seulement pour faire valoir **l'identité** de ces entrepreneurs et être en mesure de contrecarrer ou d'encadrer la relation de collaboration à laquelle ils sont liés. L'enseignement législatif tiré du cas des chauffeurs de taxis non propriétaires offre précisément un cadre contre lequel les travailleurs non salariés dépendants doivent se prémunir. Rappelons à cet effet, que la législation récente s'est intéressée au secteur du transport par taxi en faisant fi des différences statutaires des acteurs quant à leurs intérêts et leurs conditions de travail puisque le texte ne distingue pas selon que l'on est chauffeur propriétaire ou non propriétaire. Mais cet encadrement général et statutaire à double palier c'est-à-dire, l'élaboration d'un cadre contractuel impératif auquel vient s'adjoindre un cadre négocié, suppose la réunion possible des acteurs autour de ce projet d'intérêt commun. Il faut donc pour cela favoriser leur regroupement et les encourager à élaborer des **contrats collectifs**. Cette orientation sera précisée plus loin.

En corollaire à cette obligation d'information imposée d'une part, par un cadre législatif général et d'autre part, au moyen d'un contrat-cadre catégoriel, il conviendrait de renforcer la protection du consentement.

(b) Pour un renforcement de
la protection du consentement

Plusieurs actions peuvent être envisagées sur ce terrain en lien avec les obligations précédentes. Deux axes sont alors nécessaires et visent à prévenir les déséquilibres et donc l'impact négatif de la dépendance de l'un des cocontractants, d'une part le renforcement

des conditions de validité du consentement et d'autre part, encourager un certain formalisme.

À cet effet, le recours à **un délai de réflexion**, tel que recommandé par exemple par les codes de déontologie européen et canadien en matière de franchisage, est un bon exemple et pourrait avantageusement être généralisé. Il conviendrait d'associer à cette mesure l'exigence pour les **groupements d'acteurs** de veiller au contenu du contrat et de s'assurer auprès du travailleur non salarié dépendant de sa bonne compréhension. Une telle obligation généralisée serait lourde à administrer mais nous pensons que reléguer cette fonction à un groupement spécifique présente le double avantage d'éviter la lourdeur d'un organisme central qui aurait pour mission d'assurer cette fonction, en plus d'offrir au travailleur un dialogue dans un environnement qui lui est familier, doté d'une bonne connaissance du contexte. Cet objectif général cumulé au précédent peut par l'intermédiaire des contrats-type catégoriels encourager la formulation de dispositions obligatoires. Outre ces conditions préalables à la formation du contrat qui liera le travailleur non salarié dépendant, il convient de lui offrir un statut applicable au cours de l'exécution du contrat.

*(2) Pour un statut du
travailleur non salarié
dépendant au cours de
l'exécution du contrat*

En premier lieu, il apparaît indispensable de créer ou bien d'étendre un ensemble de **droits fondamentaux au travail non salarié dépendant**. Que ce soit la France et plus généralement l'Europe ou le Québec, les uns comme les autres ne sont pas dépourvus de telles règles. Par contre, le cadre proposé reste soit lacunaire, soit inadapté à la réalité du travail non salarié dépendant. Par exemple, le Québec est doté d'une loi à valeur constitutionnelle, la Charte des droits et libertés de la personne⁹². Ce texte comporte une

⁹² L.R.Q., c. C-12.

rubrique intitulée « Droits économiques et sociaux » laquelle néglige l'introduction de dispositions relatives au droit du travail et au droit de la santé et ce malgré les dispositions contenues au Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de l'O.N.U.⁹³ auquel le Canada est lié⁹⁴. *A fortiori*, le corpus ne comprend aucune disposition transposable au travail non salarié dépendant. Du côté français, ce cadre doit être étoffé et précisé tandis que du côté européen on peut en partie se rattacher à certaines dispositions contenues à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne⁹⁵.

Dans ce contexte l'élaboration d'un corpus de droits fondamentaux s'avère indispensable. Plusieurs fois mentionnée par la doctrine, cette idée a été soutenue par les partisans de l'approche dite « des cercles concentriques »⁹⁶. La valeur solennelle d'une telle déclaration permet de consacrer la suprématie de certains droits et d'orienter les choix législatifs et réglementaires à venir. En ce sens la construction de ce corpus apparaît indispensable à la reconnaissance et à la préservation des droits des travailleurs non salariés dépendants. Pour préciser son contenu, l'analyse des formes de travail effectuées tout au long de cette recherche a permis de sélectionner certains droits.

En premier lieu, il est important de préserver le **fruit de leur activité économique**, car rappelons que le travailleur non salarié dépendant reste « (...) **captif de l'existence et du maintien de cette relation [coordination] pour son existence personnelle et professionnelle** »⁹⁷. Dans cette perspective **le droit à la sécurité** s'impose non seulement à l'égard de la personne du travailleur mais également de son activité, distinction qu'il convient de décliner sur un plan opérationnel.

⁹³ E/C.12/Q/CAN/1 (10 juin 1998).

⁹⁴ Voir à ce propos, le texte de Pierre BOSSET, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Mise en œuvre du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, Examen du troisième rapport, Montréal, Cat. 2.102.4.4., Août 1998, 11 pages, disponible sur le site : <http://www.cdpdj.qc.ca>

⁹⁵ Pierre RODIÈRE, Droit social de l'Union Européenne, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 139 et suiv.

⁹⁶ Voir Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §-1.

⁹⁷ Définition retenue, Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §-3.

De ce droit fondamental général, on retiendra une **obligation de sécurité physique** ainsi qu'une **obligation de sécurité relative à l'activité économique**.

La sécurité physique du travailleur alors même qu'elle est imposée par la législation ne permet pas toujours de répartir le fardeau de la cotisation sur le cocontractant. Il s'agit là de rétablir cet équilibre. Le travailleur non salarié dépendant doit le plus souvent assumer seul la couverture destinée à le protéger en plus de couvrir les aléas reliés à son activité économique. Ceci étant, certaines mesures relevées dans le cadre de l'étude des différentes formes de travail peuvent servir de modèle. Par exemple, le régime de sécurité sociale dont bénéficie le travailleur à domicile en France⁹⁸ est financé au prorata de l'activité exercée auprès de chaque employeur. Une autre possibilité est offerte au Québec par le biais de la L.A.T.M.P. qui prévoit d'assimiler à l'employeur l'Association de travailleurs autonomes⁹⁹. Par conséquent les obligations afférentes au prélèvement des cotisations sont assumées par l'association représentative. Ces mesures si elles sont louables restent parcellaires et il convient de généraliser **la répartition du fardeau de la cotisation sur le cocontractant**. Un pourcentage pourrait d'office être imputé au contrat pour assurer une plus grande sécurité physique de la personne.

Mais cette protection physique du travailleur n'a de sens que dans la mesure où l'activité entreprenante fait elle aussi l'objet d'un meilleur encadrement; il s'agit là **d'une protection associée à l'activité économique**. Outre l'obligation de **formation initiale et continue** du travailleur non salarié dépendant qui devrait être exigée de la part du collaborateur dominant et que l'on a vu émerger par exemple en pratique dans les contrats de franchisage¹⁰⁰ ou dans la législation destinée aux chauffeurs de taxi¹⁰¹, certaines obligations devraient figurer en particulier au moment de la rupture du contrat. Là encore une fois, l'analyse des formes de travail livre des enseignements précieux dont on note l'importance

⁹⁸ Supra, p. 207.

⁹⁹ Supra, voir ce point dans la partie sur les artistes, p. 326; 328 et suiv.

¹⁰⁰ Supra, p. 387.

¹⁰¹ Supra, p. 270.

de la mise en œuvre surtout au moment où la relation de collaboration s'achève. Ce point sera donc analysé plus tard.

Outre la sécurité, le **principe de non discrimination** doit figurer parmi les droits fondamentaux associé à une meilleure protection du travail non salarié dépendant. Ce principe n'a pas été abordé jusque-là mais il est essentiel de le voir figurer d'autant plus qu'il est compris dans l'ensemble des législations étudiées¹⁰². On comprend aisément son inclusion en particulier au mode de sélection du franchisé¹⁰³ par exemple. Plus généralement un principe d'égalité de traitement doit pouvoir protéger outre le choix initial du cocontractant, la divulgation d'informations ou encore l'éventuelle tarification imposée au travailleur non salarié dépendant.

À ce corpus de droits fondamentaux, qui comprend, un droit général à la sécurité, à l'égalité doit s'ajouter un **droit à la dignité** de ce travailleur. Ce droit est considéré comme le droit à la base de tous les droits¹⁰⁴, d'ailleurs l'article 32 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne énonce que « Tout travailleur a droit à des conditions qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. »¹⁰⁵. Ce principe de dignité doit dominer l'exécution du contrat. Il est à l'origine de l'exigence de **bonne foi**¹⁰⁶ et de **loyauté de la relation**. Ce dernier principe, du fait de la relation de collaboration qui unit les cocontractants, s'est

¹⁰² Par exemple, aux articles 20 à 23 de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne; au Québec articles 10, 12, 13 de la Charte des droits et libertés de la personne. Voir tout récemment, les développements jurisprudentiels à ce propos, dans Antoine JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », (2004) 7-8 Droit social 694.

¹⁰³ Supra, p. 375 et suivantes.

¹⁰⁴ Art. 1 de Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne; art. 4 Charte des droits et libertés de la personne.

¹⁰⁵ Notons que l'article 46 de la C.D.L.P. énonce « Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique. ».

¹⁰⁶ Voir sur l'application de ce principe au contrat de travail, dans Christophe VIGNEAU, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail » (2004) 7-8 Droit social 706.

avéré pertinent et adapté à ce type de relation. Non seulement la législation a explicitement incorporé cette obligation¹⁰⁷, mais plus que cela la jurisprudence et la doctrine ont considéré cette obligation comme l'expression d'un degré supplémentaire à l'obligation de bonne foi. Elles ont su l'imposer par exemple dans le cadre du contrat de franchise¹⁰⁸.

À l'intérieur d'une relation de collaboration, il est primordial que de tels principes s'appliquent réciproquement, en particulier au moment de la rupture du contrat.

(3) L'encadrement des modalités de rupture

Au stade de la rupture du contrat, les aléas relatifs à la dépendance se font davantage sentir. Le lien qui unit le travailleur non salarié dépendant à la vitalité de l'entreprise est étroit voire interdépendant car du sort de l'un dépend souvent le sort de l'autre. Autrement dit, le sort du travailleur est en grande partie lié à la survie de l'entreprise. La situation de dépendance rend légitime à notre point de vue l'imposition d'obligations à la charge du collaborateur dominant. La fin d'une activité économique peut emporter des conséquences sur le patrimoine personnel du travailleur (il perd ses ressources pour son existence personnelle) et social de l'entreprise (il peut en être évincé). Pourtant à ce jour les solutions majoritairement issues du droit commun rendent le travailleur non salarié dépendant responsable de ses actions. Il doit alors assumer seul les conséquences attachées à cette rupture lesquelles vont pourtant bien au-delà de la simple perte d'un emploi. Cette situation n'est pas comparable à celle du travailleur salarié dont la personne est détachée de l'entreprise et requiert le déploiement de mécanismes de contrôle et de

¹⁰⁷ Dans le cadre de l'agence commerciale, la directive reconnaît cette obligation; voir à ce propos supra, p. 435.

¹⁰⁸ Supra, p. 400; 409; 416; 423-425.

protection propres de façon à civiliser cette étape pour le travailleur non salarié dépendant. Certaines réponses ou pistes de réponses ont pu être dégagées soit des régimes spéciaux de droit du travail; ainsi en est-il de l'indemnité de clientèle consacrée dans le cadre du régime des V.R.P., soit de la jurisprudence qui serviront à l'élaboration d'un régime de rupture des contrats de dépendance.

Deux axes d'intervention doivent être envisagés : le contrôle des motifs de rupture du contrat ainsi que les conséquences présentes et à venir pour le travailleur non salarié dépendant à la lumière des principes de sécurité, d'équité et de dignité présentés plus tôt.

En ce qui a trait **aux motifs de rupture du contrat ou de son non-renouvellement**. Plusieurs constats ont été faits au cours des analyses des formes de travail. La durée de la relation contractuelle peut fragiliser de façon considérable la situation du travailleur non salarié dépendant. Cette situation a été mise en lumière dans le cas des chauffeurs non propriétaires¹⁰⁹ où la brièveté des contrats non seulement les empêche de jouir paisiblement de leur outil de travail mais peut, en cas de non-renouvellement, les priver de leur activité économique. Or le non-renouvellement du contrat s'effectue en toute impunité, il est extérieur à un quelconque contrôle sauf en cas d'abus. Ainsi le travailleur non salarié dépendant porte seul les conséquences attachées à son activité indépendante malgré l'immixtion du collaborateur. Pourtant cette activité est doublement précaire, non pas seulement en raison du risque associé à la réussite de l'activité indépendante, risque que l'on peut considérer comme normal, mais du risque inhérent à la dépendance orchestrée par le collaborateur dominant. Il a le pouvoir de retirer l'outil nécessaire à l'exécution de l'activité et peut même condamner pour l'avenir l'exercice de l'activité (le non renouvellement du contrat de franchise¹¹⁰ ou même du bail). L'abus de droit est certes un rempart mais insuffisant. Il conviendrait de subordonner le renouvellement de ce type de contrat au **contrôle de la légitimité du motif** et en ce domaine le principe de la liberté

¹⁰⁹ *Supra*, p. 253; 257.

¹¹⁰ *Supra*, p. 386; 424-425.

contractuelle doit s'incliner face au principe de sécurité et d'équité dans les relations. Cette mesure apparaît certes contestable puisque, y compris dans le cadre du droit commun des contrats et du droit du travail, le non-renouvellement du contrat constitue l'exercice d'un droit. Par contre selon une approche réaliste, on ne peut passer sous silence les implications d'un tel refus, lesquelles justifient l'élaboration d'une disposition spécifique.

Mutatis mutandis, le contrôle de la légitimité des motifs s'impose en cas de rupture du contrat. La décision de mettre un terme au contrat réside en pratique entre les seules mains du cocontractant dominant. Il convient donc de renforcer le pouvoir des juges dans l'octroi d'un préavis et le contrôle des motifs. Notons, sur la question du préavis que cette exigence se retrouve fréquemment dans les usages commerciaux mais son intensité varie selon le domaine d'activité économique. En principe on retrouve l'exigence qu'il soit raisonnable et sa durée peut varier par exemple, selon l'importance des investissements effectués par le travailleur non salarié dépendant, sa faculté de se réorienter. À ce jour, seule la brutalité de la rupture engage de façon significative la responsabilité du collaborateur ce qui apparaît nettement insuffisant. En outre, la rupture emporte des conséquences spécifiques. Les indemnités de rupture du fait du manque à gagner, le cas échéant, s'avèrent nécessaires en plus **de l'octroi des mesures spécifiques destinées à accompagner la rupture ou le non-renouvellement du contrat**. Plusieurs dispositions se sont avérées utiles ou ont été dégagées de la pratique. Il s'agit de la question des conditions qui entourent **la reprise des stocks** (le cas de la franchise¹¹¹; du travail à domicile), **l'indemnité de clientèle** (le cas des représentants commerciaux, des agents de commerce, de la franchise, et des taxis) et **les contreparties financières à l'imposition de clauses de non concurrence** (le cas de la franchise, des agents).

Par exemple, dans le cadre de la rupture du contrat de franchise, mais cette situation pourrait s'étendre au travail à domicile, le franchisé doit se préoccuper de l'écoulement du stock ou du matériel spécifique qui fut requis par le franchiseur au cours de l'exécution du

¹¹¹ *Supra*, p. 420 et suiv.

contrat. Les conditions de la reprise doivent être soumises à un contrôle et ne pas se dérouler au détriment des intérêts du franchisé.

Par ailleurs, il conviendrait de généraliser l'indemnité de clientèle. Cette indemnité sert à compenser la perte des fruits de l'activité entreprenante. Elle existe d'ores et déjà au profit du V.R.P.¹¹² dans la législation française et fait l'objet d'une reconnaissance positive dans la jurisprudence au profit des franchisés¹¹³.

Enfin, il y aurait lieu d'étendre le bénéfice d'une contrepartie financière à l'imposition d'une clause de non-concurrence valide au profit du débiteur de cette obligation, le travailleur non salarié dépendant. Cette orientation qui figurait à quelques occasions dans certains textes réglementaires a été affirmée et généralisée par la Cour de cassation¹¹⁴. Elle constituerait une juste contrepartie à l'impossibilité dans laquelle est plongé ce travailleur d'exercer certaines activités.

Cette proposition appelle en tout dernier lieu une réflexion sur le rôle du juge. Situé aux avant-postes de l'évolution législative, le juge interprète les textes, les étend et parfois suscite l'intervention législative. Sa fonction reste dans cette perspective primordiale. Le rôle créateur du juge ne doit pas en conséquence être négligé dans ses fonctions « directement et indirectement normatives »¹¹⁵.

L'élaboration d'un tel régime ne peut avoir de sens sans l'implication de l'État et sans la contribution significative des acteurs du milieu et des juges. Il convient donc d'envisager une structure capable d'influencer voire de négocier la création d'un régime

¹¹² Supra, p. 305; 310-311.

¹¹³ Supra, p. 386.

¹¹⁴ Supra, p. 387-388.

¹¹⁵ Bernard BOUBLI entend par fonction normative directe, celle qui « se traduit immédiatement par un changement du droit positif », et par fonction normative indirecte, celle qui « influence l'évolution de la norme » dans, « Le juge, la norme et le droit du travail », dans Bernard TEYSSIER (dir.), Les sources du droit du travail, coll. « Droit éthique Société », Vendôme, P.U.F., 1998, p. 29-38, p. 36-38.

général¹¹⁶ et surtout de devenir le **maître d'œuvre d'un contrat-cadre catégoriel**. À cet égard, le régime institué par les artistes au Québec livre des enseignements précieux. Cette armature institutionnelle sera chargée de promouvoir **les principes d'une solidarité sectorielle et professionnelle** entre les travailleurs non salariés dépendants et briser l'isolement auquel ils sont le plus souvent confrontés. Dans ce contexte, on pourrait envisager l'habilitation d'associations professionnelles reconnues qui seront capables d'organiser un contre-pouvoir collectif de négociation. Ces associations à la fois indépendantes et en adéquation avec le milieu qu'elles représentent intensifieront le « rapprochement entre la loi et la réalité »¹¹⁷.

Dotés de moyens financiers et techniques adéquats, ces associations ou groupements de travailleurs non salariés dépendants pourront contribuer à l'élaboration de **contrat-cadre catégoriel** en plus de disposer des moyens d'agir collectivement. C'est là une mesure indispensable pour contrer le phénomène de contractualisation et aboutir au contraire à une plus grande « collectivisation » du contrat qui puisse prendre en considération les intérêts des travailleurs non salariés dépendants au-delà du cercle restreint qu'il entretient avec son collaborateur dominant.

En conclusion, le travail non salarié dépendant entretient la vitalité des échanges économiques actuels. Chercher à l'éradiquer ou à l'assimiler à une forme de travail déjà existante, telle que le salariat, ce serait là deux solutions inadéquates. Admettre leur rôle, leur identité tant sur le marché du travail que des biens et services exige en contrepartie de

¹¹⁶ Voir sur ce point les évolutions en matière de création de la loi, en particulier le rôle des « partenaires sociaux » dans l'élaboration de la loi; ce que Alain Supiot nomme « la politique contractuelle ou l'association de la négociation au pouvoir législatif » qui peut consister soit à livrer l'initiative du contenu de la loi aux partenaires ou bien, une fois les objectifs généraux définis par le pouvoir législatif, livrer dans un second temps les moyens d'atteindre ces objectifs. Alain SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », (2003) 1 Droit social 62-63.

¹¹⁷ Rappelons à ce propos que la déclaration de l'O.I.T. de 1998 (précité, note 3) réaffirme l'universalité des principes, dont le droit d'association et n'exclut pas de son champ d'application les travailleurs qui ne sont pas parties à une relation de travail : O.I.T., op. cit., note 2, p. 38.

leur consacrer juridiquement une place et de leur accorder un régime adéquat. Le régime proposé juxtapose trois cadres normatifs¹¹⁸, un cadre général destiné au travail non salarié dépendant qui comprendrait un corpus de droits et de principes fondamentaux, en plus d'un cadre législatif général mais surtout la mise en place de cadres spécifiques propres à prendre en compte les intérêts catégoriels de ces travailleurs dont les groupements sectoriels et professionnels de travailleurs non salariés dépendants seront les artisans. Ces derniers seront alors en mesure de fédérer les intérêts de ces travailleurs et de les représenter.

Le travailleur non salarié dépendant de par son identité requiert la mise en place d'un régime à part. Le régime proposé combine à la fois l'apport du droit du travail et du droit des contrats. Il ne participe ni entièrement au redéploiement du droit du travail, ni à sa refondation. Ce régime se propose d'être une étape intermédiaire avant que l'évolution produise une réelle proximité entre les régimes qui nécessitera alors sans doute de repenser le droit du travail en termes de refondation.

¹¹⁸ Voir en faveur d'intervention qui allie la mixité des règles : A. SUPLOT, loc. cit., note 116, 62-63; J. BERNIER, G. VALLÉE, C. JOBIN, op. cit., note 11, p. 516.

Conclusion

Au terme de cette étude, l'analyse du travail non salarié dépendant offre un paysage contrasté et d'une extrême complexité. Passée la lisière du salariat, ce n'est pas l'indépendance que l'on côtoie mais davantage des situations non salariées dépendantes où l'indépendance s'insinue dans la dépendance et inversement.

Remontant le cours de l'histoire, c'est sous le regard et les orientations de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence que nous avons approché, analysé, décortiqué et critiqué ces situations supposées de dépendance. Pour en donner une vision assez complète, on a étudié les caractéristiques des relations contractuelles auxquelles elles donnaient naissance et les régimes juridiques qui se sont appliqués au cours des siècles à les encadrer.

Un double but a animé cette recherche, soit tenter de mieux comprendre et de préciser la nature de ces relations contractuelles et, ultimement, de proposer des moyens pour restaurer une certaine symétrie dans les rapports entre travailleurs non salariés dépendants et les donneurs d'ouvrage, les locateurs, ou les chefs de réseau.

Un premier constat : le concept de travailleur non salarié dépendant s'est rapidement révélé être un concept intégrateur pour désigner la diversité des situations de travail en dehors de la zone du salariat de droit commun. Toutefois, bien que ce concept ou la réalité qu'il décrit ne puisse désormais plus être nié, ignoré ou occulté, il était important de montrer comment le droit du travail, à travers différentes techniques, avait tenté de ramener ces formes de travail dans son champ d'intervention, de même que nous ne pouvions ignorer les interventions et tentatives d'intégration d'autres champs du droit, plus particulièrement tous ceux traitant de l'indépendance et du contrat d'entreprise.

Un deuxième constat : ce concept auquel on a volontairement refusé de donner une définition a priori a servi à désigner les travailleurs qui arpentent la fameuse « zone grise »,

ces travailleurs inclassables qui se situent à mi-chemin entre le travail indépendant et le travail salarié. L'objectif était alors d'analyser cette zone afin de tenter de dégager une définition et tenter ultimement de proposer un régime juridique, consacrant par là même un droit de la dépendance.

De cet exercice, il ressort effectivement une meilleure désignation et donc une meilleure compréhension du travailleur non salarié dépendant. Il est une personne qui effectue, personnellement ou avec une aide, un travail continu pour le compte d'un cocontractant lequel coordonne l'activité entreprenante. Ce pouvoir de coordination s'exerce, en fait et en droit, et s'impose au travailleur non salarié dépendant, captif de l'existence et du maintien de cette relation pour son existence personnelle et professionnelle. Cette proposition ne prétend pas être parfaite. Elle a au moins le mérite de mieux identifier l'acteur de cette « zone grise » reconnue comme telle par la doctrine. Mais nous ne pouvons nier que d'autres acteurs tentent encore de la restreindre ou de l'assimiler pour son étude à la seule perspective du travail autonome.

Cependant, il est essentiel de comprendre que la plupart des travaux, qui tentent de saisir la réalité de ce travailleur, se sont construits autour de luttes doctrinales, juridiques, législatives et idéologiques laissant malheureusement, peut-être, de côté, la question la plus importante : quelle est la véritable nature de l'indépendance que recherche ce type de travailleur? Il faudrait interpellier d'autres secteurs disciplinaires et, peut-être, procéder à une ethnographie exhaustive de ces travailleurs non salariés dépendants. Une telle étude permettrait sûrement de mieux comprendre qui sont ces travailleurs et de savoir si véritablement seul un nouveau régime pourrait répondre à leurs besoins.

Sur le plan du régime attaché à ces travailleurs, la mise en perspective du droit positif, en France et au Canada, a démontré la pluralité et la disparité des règles qui les régissent. Il existe plusieurs raisons à cela : la difficulté de notre droit à qualifier juridiquement certains contrats en raison de l'imbrication des obligations et la limite intrinsèque des outils de

qualification utilisés qui restent encore attachés à un modèle aujourd'hui dépassé. Cette dernière explication trouve ses racines dans un double mouvement de rapprochement puisqu'en « (...) droit civil et commercial, c'est à l'inverse l'indépendance juridique qui perd de sa substance pour soumettre des entrepreneurs aux disciplines collectives de réseaux intégrés de production ou de distribution. »¹. C'est le processus inverse qui se déroule en droit du travail qui, de plus en plus, doit faire face à des travailleurs qui donnent au-delà de leur seule force de travail, leur temps, leur sens des responsabilités, leur créativité et leur esprit entreprenant, « (...) au risque d'une dépossession de soi jamais égalée (...) »².

Or, les instruments de rééquilibrage restent principalement attachés au droit du travail ou, plus marginalement, au droit de la consommation alors que les conditions objectives de réalisation de la relation ne justifient pas une telle disparité de traitement. Bien sûr, on découvre, au gré d'une intervention législative ou jurisprudentielle, certains mécanismes de protection mais, dans l'ensemble, ni le droit canadien, ni le droit français ne sont parvenus à un point d'équilibre satisfaisant.

Confiner principalement le traitement de la « zone grise » au droit de l'indépendance, soit le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence alors qu'il n'y a pas indépendance mais davantage une relation de collaboration dans les faits constitue une erreur pour le développement harmonieux du droit et des relations sociales. C'est pourtant la lecture classique offerte par la doctrine et la jurisprudence qui souvent a assimilé la dépendance à la domination, de là l'opposition entre le travail salarié et le travail indépendant qui reste sur le plan historique inexacte et infondée conceptuellement³. Or, la

¹ Alain SUPIOT, *Le droit du travail*, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2004, 127 p., p.76.

² *Id.*, p.77.

³ Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Alençon, éd. Sirey, 1990, 208 p., p. 1-4.

dépendance ne signifie pas forcément domination⁴, elle peut être une « relation contraignante » acceptée, une relation de réciprocité où chacun y trouve son compte. En ce sens, la dépendance, selon Memmi⁵, est à la base du « lien social ». Elle assure une « solidarité » entre les membres d'un groupe ou d'une société. Or, l'indépendance privilégie au contraire l'affranchissement des liens et rejette l'idée d'être tributaire d'un tiers.

Dans les situations analysées, on est loin d'atteindre l'indépendance dont on parle mais on serait plus proche de la recherche d'une autonomie, d'un côté, l'une obligée, nécessaire ou imposée au salariat moderne et, de l'autre côté, l'une désirée, recherchée ou consacrée pour le travailleur non salarié dépendant⁶. La hiérarchie des valeurs que chaque catégorie exprime est différente. Le salarié reste moins partie prenante à son travail, il s'exprime au moyen d'organes de participation, tandis que le travailleur non salarié dépendant recherche le plus souvent une implication directe. Les mécanismes de pensée et d'agissement de ces travailleurs ne sont pas similaires et prouvent déjà une forme d'identité qui leur est propre.

La dépendance est bonne en soi, elle permet d'organiser les liens entre individus. Par contre, elle devient pathogène lorsqu'elle sombre dans l'excès et ne parvient plus à être régulée. C'est le cas lorsque la dépendance se transforme en domination et la relation devient alors source d'instabilité pour la société.

Dans le cas du salarié, il arrive, quoique de façon imparfaite, à mettre en oeuvre de mécanismes spécifiques de protection, tandis que dans le cas des travailleurs non salariés dépendants, ces mécanismes sont le plus souvent absents, ils sont laissés à la sphère d'indépendance, sphère dont ils n'ont ni les attributs, ni les armes afférentes.

⁴ Albert MEMMI, La dépendance, Esquisse pour un portrait du dépendant, Paris, Gallimard, 1979, 218 p., p. 198.

⁵ Id.

⁶ Id.

Dès lors se pose l'inévitable question, que faire?

Bien que les droits nationaux étudiés soient soumis à des influences communes, il reste que le Canada est moins tourné vers l'interventionnisme législatif que n'a pu l'être la France. Si l'on s'oriente malgré tout sur cette voie deux écueils sont à craindre. Une fois l'oeuvre normative accomplie, il est possible que ces zones se désertifient. Le milieu professionnel, ne se reconnaissant pas dans ce type d'interventionnisme et de protectionnisme qui le ramène dans un type de relations qu'il ne reconnaît pas, ne veut pas ou ne favorise pas risque, alors, de fuir, d'éviter ou de contourner les nouvelles balises ainsi dressées.

Mais plus important reste l'obstacle de la connaissance. Peut-on à ce jour développer un corps de règles précises à leur attention en ne maîtrisant qu'imparfaitement leurs façons de faire, leurs besoins? La traduction pleine et entière des faits empêche en l'état actuel de notre connaissance d'en assurer la parfaite régulation. Plus que cela, le monde du travail reste en pleine mutation et il faut demeurer prudent quant aux conclusions à en tirer.

Ceci étant, l'inaction ne semble pas la solution. Quelques grands axes d'intervention, somme toute modestes, sont souhaitables. Il s'agit de fournir un cadre juridique aux travailleurs non salariés dépendants, d'intervenir à l'aide de principes généraux qui permettront en partie de les extirper de l'incertitude et de l'isolement dans lesquels ils sont plongés et réintroduire un principe de justice sociale pour mieux protéger ces travailleurs.

Ces axes d'intervention devraient offrir les qualités de transversalité nécessaires pour répondre à l'identité plurielle de ces travailleurs. Assurer l'équité des relations contractuelles est apparu comme un premier axe d'intervention pour mieux répondre au décalage constaté entre le pouvoir dont dispose le travailleur non salarié dépendant et sa responsabilité ou l'inadéquation entre la jouissance et la maîtrise que le travailleur a de son « entreprise ». Accroître la sécurité physique et matérielle du travailleur constitue le second axe pour le protéger des aléas de la vie au travail ou de la vie. Il s'agit de stabiliser l'activité par l'octroi de mécanismes de protection destinés à corriger les conditions et les causes de

résiliation des contrats afin, par exemple, de protéger les fruits acquis par leur travail durant l'exercice de l'activité. Enfin, la loyauté constitue le dernier axe pour garantir une relation de collaboration.

Au-delà de cette intervention, il faut multiplier les sources de dialogue entre le milieu professionnel, les partenaires sociaux, la doctrine et le législateur. Mais, dès à présent, la volonté politique d'endiguer ces distorsions sociales doit être manifeste. Elle doit passer par une intervention du législateur si minime soit-elle pour que les syndicats puissent valablement s'asseoir sur ces principes et mener avec une légitimité redoublée des actions ciblées.

Dans cette perspective, il convient de créer un espace normatif à trois paliers. Le premier serait composé d'un corpus de droits fondamentaux, destiné à garantir au travailleur non salarié dépendant certains principes de justice sociale, à savoir, l'équité, la sécurité, la dignité. Le second palier serait le fruit de l'action législative, l'État se portant garant d'un tel régime tout en encourageant l'émergence de solidarités entre ces travailleurs. Enfin, le troisième palier permettra aux parties de modeler un contrat-cadre catégoriel. L'encadrement devrait couvrir tous les stades du contrat, sa formation, son exécution ainsi que sa rupture.

Bibliographie

1 - OUVRAGES GÉNÉRAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

AGOSTINI, E., Droit comparé, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1988, 339 p.

ALBERTS, J., Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride, mémoire de maîtrise, Ste-Foy, Université Laval, Faculté de droit, 1997.

AMIEL COSME, L., Les réseaux de distribution, vol. 256, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995, 404 p.

ANTAKI, N. et C. BOUCHARD, Droit et pratique de l'entreprise, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 560 p.

ANTONMATTEI, P.-H. et J. RAYNARD, Droit civil - Contrats spéciaux, Paris, Éditions LITEC, 1997, 179 p.

ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, trad. J. Barthélemy Saint-Hilaire, coll. « Les classiques de la philosophie » - Le livre de poche, Paris, éd. Librairie générale de France, 1992

ARSEGUEL, A. et P. ISOUX, « Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », dans Olivier KuhnMunch (dir.), Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services? - Colloque 10 Février 1995, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1995, 147 p.

ARTHURS, H.W., D.D. CARTER, J. FUDGE, H.J. GLASBEEK et G. TRUDEAU, Labour Law and Industrial Relations in Canada, 4ème éd., Deventer, Kluwer - Butterworths, 1993, 273 p.

- ASSOCIATION HENRY CAPITANT, Vocabulaire juridique, 8ème éd., Paris, P.U.F., 2000, 925 p.
- AUBERT, J.-L., Le contrat, coll. « Connaissance du droit », Paris, Éditions Dalloz, 1996, 141 p.
- AUBERT-MONPEYSSSEN, T., Subordination juridique et relation de travail, Toulouse, éd. C.N.R.S., 1988, 337 p.
- AUBIN, G. et J. BOUVERESSE, Introduction historique au droit du travail, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1995, 319 p.
- AUDET, C., Rapport des rencontres exploratoires interrégionales et pluridisciplinaires avec les milieux artistiques et culturels tenues du 27 octobre au 5 novembre 1999, Direction des affaires publiques, 2000, disponible sur le site : <http://www.calq.gouv.qc.ca/fr/corporatif/etudes>
- BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, La réforme du code civil - Obligations, contrats nommés, T. 2, Laval, P.U.L., 1993, 1177 p.
- BART, J., « La féodalité au secours du capitalisme », dans Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat - Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, 587 p.
- BEATTY, D., « Labour is not a commodity », dans Barry J. REITER et John SWAN, Studies in Contract Law, Toronto, Butterworths, 1980, 355 p.
- BEAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, La responsabilité civile, 6ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 1953 p.

- BEAUDOIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, Les obligations, 5ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 1217 p.
- BEAUDOIN, J.-L. et Y. RENAUD, Code civil du Québec annoté, vol. 5-10, 4ème éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, 3833 p.
- BEHAR-TOUCHAIS, M. et G. VIRASSAMY, Les contrats de la distribution, coll. « Traité des contrats », Paris, L.G.D.J., 1999, 911 p.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., « La protection du réseau de distribution », dans CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES DE L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES DE TOULOUSE 1, Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence - Actes du colloque de l'université de Toulouse 1 des 24 et 25 mars 1995, Paris, Éditions Montchrestien, 1996, 152 p.
- BÉLIVEAU, N.-A., Les normes du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 733 p.
- BELLEY, J.-G., « La pratique professionnelle comme prudence politique », dans Claude NÉLISSE et Ricardo B. ZUNIGA, L'intervention : les savoirs en action, Sherbrooke, Éditions G.G.C., 1997.
- BELORGEY, J.-M., A. FOUQUET, C. AFSA et al., Minima sociaux, revenus d'activité, précarité : rapport du groupe présidé par Jean-Michel Belorgey, Annie Fouquet, Cédric Afsa et al., Commissariat général du plan, Paris, La Documentation française, 2000, 458 p.
- BENSOUSSAN, H., Le droit de la franchise, Vendôme, Éditions Apogée, 1997, 315 p.
- BERIAULT, Y., M. RENAUD et Y. COMTOIS, Le droit de la concurrence au Canada, Scarborough, Éditions Carswell, 1999, 516 p.

BERLIOZ-HOUIN, B. et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », dans Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, 308 p.

BERNIER, C., « Évolution du statut du salarié en raison des nouvelles formes d'emploi - L'exemple du travail à temps partiel au Québec », dans Jacques BÉLANGER et al. (dir.), Le statut de salarié en milieu de travail, Rapport du XLème Congrès des relations industrielles, Québec, P.U.L., 1985, 160 p.

BERNIER, J., G. VALLÉE et C. JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle – Rapport final, Québec, Gouvernement du Québec, 2003, 568 p.

BERNSTEIN, S., K. LIPPEL et L. LAMARCHE, Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien, Ottawa, Condition féminine du Canada, n° de catalogue : SW21-55/2000F, 2001, 216 p.

BICH, M.-F., « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans Les développements récents en droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

BICH, M.-F., « Droit du travail québécois : Genèse et génération », dans Patrick GLENN (dir.), Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 528 p.

BICH, M.-F., « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Les développements récents en droit de la propriété intellectuelle, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 243.

BICH, M.-F., P. DION, G. LEMAY et N. RATTI, Rapport sur la location de personnel - Rapport sur la problématique du travailleur autonome - Rapport sur la

^v
problématique de l'administrateur et du dirigeant, Montréal, C.S.S.T.,
Gouvernement du Québec, 1997, 154 p.

BLACK, D. et M. MILESKEI, The Social Organization of Law, New-York, Editions
Seminar Press, 1973, 405 p.

BLAINPAIN, R., « Work in the 21st Century, in BLAINPAIN Roger (ed.), International
Encyclopaedia of Laws - World Law Conference Brussels, 9-12 September 1996 -
Law in Motion », Cambridge, Kluwer Law International, 1997, 883 p.

BLOUIN, R., « La C.R.T., le concept de salarié et les nouvelles réalités d'exécution du
travail subordonné », dans Développements récents en droit du travail, Cowansville,
Éditions Yvon Blais, 2003.

BOISSONNAT, J., Rapport de la Commission - Le travail dans vingt ans, Commissariat
général au Plan, Paris, Éditions Odile Jacob et la documentation française, 1995,
355 p.

BORTOLOTTI, F., « Négocier les clauses du contrat d'agence et de concession : Les
obligations du fabricant et de l'intermédiaire », dans Nicole LACASSE et al. (dir.),
Les contrats internationaux de distribution, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, 240
p.

BOSSET, P., Mise en œuvre du Pacte international des droits économiques, sociaux et
culturels, Examen du troisième rapport, Montréal, Commission des droits de la
personne et des droits de la jeunesse Cat. 2.102.4.4., Août 1998, 11 pages,
disponible sur le site : <http://www.cdpedj.qc.ca>

BOUBLI B., « Le juge, la norme et le droit du travail », dans Bernard TEYSSIER (dir.), Les
sources du droit du travail, coll. « Droit éthique Société », Vendôme, P.U.F., 1998,
p. 29-38

BOUT, R. et M. BRUSCHI, Lamy droit économique, Paris, Éditions Lamy, 2001.

BRAULT, S., D. LAVERY, J. DESPATIS et M. GAMACHE, L'entrepreneur dépendant dans la législation du travail dans les juridictions canadiennes suivantes : Fédéral, Nouvelle-Écosse, Québec, Ontario, Alberta, Colombie Britannique, Ottawa, D.R.H.C., 1998, 118 p.

BRAULT, S., Réflexion collective sur le milieu de travail en évolution, Ottawa, Ministère Développement des Ressources Humaines, 1997.

BRETON, A., F. DERRIDA, A. HONORAT et P. JULIEN, Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Paris, Dalloz, 1991, 424 p.

BRETON, T., Le télétravail en France - Situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques, coll. « Les rapports officiels », Paris, La documentation française, 1994, 283 p.

BRIÈRE, J.-Y. et J.-P. VILLAGI, Relations de travail - CCH, vol. 1, Brossard, Éditions F.M., 2000 (mise à jour périodique).

BRIERE, J.-Y., « Le Big-Bang de l'emploi ou la confrontation de la Loi sur les normes et des emplois atypiques », dans Lucie LAMARCHE (dir.), Emploi précaire et non-emploi : droits recherchés, Actes de la 5^{ème} journée de droit social et du travail, Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 1994, 33 p.

BROSSARD, M. et M. SIMARD, Les statuts de travail - Une analyse socio institutionnelle de la population active québécoise, Québec, Gouvernement du Québec, 1986, 121 p.

BROSSEAU, S., « Les emplois précaires : oui mais à quelles conditions... », dans Rodrigue

BLOUIN (dir.), Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, 1062 p.

BRUN, A. et H. GALLAND, Droit du travail, Paris, Éditions Sirey, 1958, 1053 p.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, Le champ des relations de travail – Rapport V - 91^e session, Genève, Conférence internationale du travail, 2003.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, Le travail à domicile - Rapport IV (2A et 2B) - 83^e session, Genève, Conférence internationale du travail, 1996, 42 p.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, Le travail en sous-traitance - Rapport VI (1) - 85^{ème} session, Genève, Conférence internationale du travail, 1997, 7 p.

CABRILLAC, R., « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mélanges dédiés à G. Marty, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 p.

CALAIS-AULOY, J. et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, 5^{ème} éd., coll. « Droit privé », Paris, Dalloz, 2000, 607 p.

CASTEL, R., Les métamorphoses de la question sociale - Une chronique du salariat, coll. « L'espace politique », Mesnil-sur-L'Estrée, Éditions Fayard, 1995, 490 p.

CHAUCHARD, J.-P. et A.-C. HARDY-DUBERNET (dir.), Les métamorphoses de la subordination – Analyse juridique et sociologique des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail, Nantes, Maison des sciences de l'Homme Ange Gépin, Laboratoire droit et changement social- Centre nantais de sociologie Laboratoire Georges Friedman, 2002, 347 p.

CHEVALLIER, J.-J., Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, coll.

« U », Paris, Armand Colin, 1986, 301 p.

CHRISTIE, I., G. ENGLAND et W.B. COTTER, Employment Law in Canada, 2ème éd.,

Vancouver, Butterworths, 1993, 918 p.

COEURET, A., Les frontières du salariat – Acte du Colloque des 26 et 27 octobre 1996,

coll. « Thèmes et Commentaires », Montligeon, Éditions Revue juridiques Île-de-France et Éditions Dalloz, 1996, 263 p.

COLLIN, F., Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, P.U.G., 1980, 281 p.

CONSTANTINESCO, L.-J., Traité de droit comparé- La méthode comparative, T. 2, Paris,

L.G.D.J., 1974, 144 p.

CORIATT-ATTIA, I., Le statut de la pluriactivité en droit social, Aix-en-Provence,

P.U.A.M., 1999, 596 p.

COURTES, M., Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et droit des contrats, Thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de

Montpellier I, 1999, 521 p.

COUTURIER, G., Droit du travail – Les relations individuelles de travail, 2ème éd., coll.

« Droit fondamental, Droit social », Paris, P.U.F., 1990, 568 p.

CRÉPEAU, P.-A., « Contrat d'adhésion et contrat type », dans Adrian POPOVICI (dir.),

Problèmes de droit contemporain - Mélanges J.-L. Baudouin, Montréal, P.U.M., 1974, 529 p.

D'AMOURS, M., Diversification et fragmentation du travail, Montréal, Éditions Inres et

Crises, 2002, 95 p.

- DAGENAIS, L.-F., « Différenciation des statuts dans l'emploi et effets sur les personnes : Quelles stratégies possibles? », Montréal, Commission des Droits de la Personne du Québec, 1993, 63 p.
- DEL CONT, C., Propriété économique, dépendance et responsabilité, Condé-sur-Noireau, Éditions L'Harmattan, 1997, 399 p.
- DEL SOL, M., L'activité salariée aujourd'hui et demain, coll. « Le droit en question », Paris, Éditions Ellipses, 1999, 125 p.
- DELEBECQUE, P., Le contrat d'entreprise, coll. « Connaissance du droit », Paris, Éditions Dalloz, 1993, 126 p.
- DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA, Rapport du Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution, référence LT-060-05-97F, Ottawa, Travaux publics et Services Gouvernementaux, 1997, 256 p.
- DION, G., Dictionnaire des relations de travail, Québec, P.U.L., 1975, 148 p.
- DOLLÉANS, É. et G. DEHOVE, Histoire du travail en France des origines à 1919, T. 1, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1953, 413 p.
- DOUBLET, J., Sécurité sociale, coll. « Thémis », Paris, Éditions P.U.F., 1967, 86 p.
- DUBOIS, L. et C. BUMANN, Droit communautaire, coll. « Domat Droit Public », Paris, Éditions Montchrestien, 1999, 528 p.
- DUPEYROUX, J.-J., M. BORGETTO, R. LAFORE et R. RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 14ème éd., Paris, Dalloz, 2001, 1265 p.

- EMPLOI QUÉBEC, CONSEIL DE LA CULTURE DE LANAUDIÈRE et LE GROUPE^x
COGESTION, La main d'oeuvre de la culture et des communications de la région
de Lanaudière – Un portrait, des problématiques et des actions prioritaires, Québec,
2001, 117 p.
- ENGBLOM, S., Self-employment and the Personal Scope of Labour Law – Comparative
Lessons from France, Italy, the United-Kingdom and the United-States, Thèse de
doctorat, Florence European University Institute – Department of Law, 2003, 313 p.
- ENGLAND, G., Individual Employment Law, coll. « Essentials of Canadian Law »,
Toronto, Éditions Irwin Law, 2000.
- ERBÈS-SÉGUIN, S., Le contrat : Usages et abus d'une notion, coll. « Sociologie
économique », Paris, Éditions Desclée de Brouwer, 1999, 245 p.
- ESPING-ANDERSEN, G., Les trois mondes de l'État providence, coll. « Le lien social »,
Paris, P.U.F., 1999, 310 p.
- EUROTECHNOPOLIS INSTITUT et BLANC, G., Le travail au XXIème siècle, Paris,
Dunod, 1995, 274 p.
- FABRE-MAGNAN, M., « Le contrat de travail défini par son objet », dans Alain SUPIOT
(dir.), Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J.,
1998, 132 p.
- FARKAS, L., Travailleurs autonomes et négociation collective, Ottawa, Ministère des
Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999, 5 p.
- FAVENNEC-HERY, F., Le travail à temps partiel, coll. « Pratique sociale », Paris, Éditions
LITEC, 1997, 269 p.

FERRIER, D., Droit de la distribution, 2ème éd., Paris, Éditions LITEC, 2000, 355 p.

FREYRIA, C. et CORRIGNAN-CARSIN, D., Répertoire Travail, Dalloz, v° Travail à domicile.

FOULC, T., Le Robert illustré d'aujourd'hui, Paris, Éditions Club France Loisirs, 1997, 1357 p.

FOURNIER, F., L'agence commerciale, vol. 37, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Édition LITEC, 372 p.

FOX, A., Beyond Contracts : Work, Power and Trust Relations, London, Faber and Faber, 1974.

FRANCHISES D'AUJOURD'HUI INC., Le guide du franchisage, Montréal, Éditions P. Levasseur, 1983.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Introduction », dans J. CLAM, G. MARTIN (dir.), Les transformations de la régulation juridique, coll. « Droit et sociétés - Recherche et travaux n.5 », Paris, L.G.D.J., 1998.

FROSSARD, S., Les qualifications juridiques en droit du travail, T. 33, coll. « Bibliothèque de droit social », Paris, L.G.D.J., 2000, 246 p.

FUDGE, J., E. TUCKER et L. VOSKO, The Legal Concept of Employment : Marginalizing Workers, York, Report for the Law Commission of Canada, 2002, 142 p.

GAGNON, J.H., « L'obligation de bonne foi dans le contrat de franchise, de concession, de bannière ou de groupement », dans Congrès du Barreau du Québec, 2000,

GAGNON, J.H., Le droit de la franchise au Québec, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, (feuillets mobiles).

GAGNON, M.-J., P. AVIGNON et T. COLLOMBAT, L'économie politique de la sous-traitance et les articles 45 et 46 du Code du travail du Québec, Rapport de recherche, Montréal, Institut de recherche en économie contemporaine, 2003, 50 p.

GAGNON, R.P., Le droit du travail au Québec - Pratiques et théorie, 3ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 682 p.

GAGNON, R.P., Le droit du travail au Québec - Pratiques et théorie, 5ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 809 p.

GARDNER, A., Travailleurs autonomes, coll. « Le Canada à l'étude », Ottawa, Ministre de l'industrie et des sciences et de la technologie, 1994, 47 p.

GARDNER, E., de BEVILLE, « Morale, négociations commerciales, distribution et facturation », dans La morale et le droit des affaires - Actes du colloque de l'Université des sciences sociales de Toulouse , le 12 mai 1995, Paris, Éditions Montchrestien, 1996.

GAUDEMET-TALLON, H., « Les sources du droit du travail international », dans Bernard TEYSSIER (dir.), Les sources du droit du travail, coll. « Droit éthique Société », Vendôme, P.U.F., 1998.

GAUDU, F., « L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés », dans Alain COEURET et al. Actes du Colloque, « Les frontières du salariat », 26 et 27 octobre 1996 à l'Université de Cergy-Pontoise, coll. « Thèmes et documents », La Chapelle Montligeon, Les Éditions Dalloz et Revue Juridique d'Ile-de-France, 1996, 263 p.

GAUDU, F. et R. VATINET, Traité des contrats : Les contrats du travail, Paris, L.G.D.J., 2001, 625 p.

GÉLINAS, G. et P. SIREN, Canada. Groupe de travail sur le statut de l'artiste. Le statut de l'artiste / Rapport du Groupe de travail [sur le statut de l'artiste], Ottawa, Ministère des communications, 1986, 93 p.

GÉNY, F., Méthode d'interprétation et service en droit privé, coll. « Bibliothèque de jurisprudence civile contemporaine », Paris, Chevalier-Marescq, 1899, 606 p.

GHESTIN, J. et M. FONTAINE (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaison franco-belges, T. 261, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1996, 675 p.

GHESTIN, J., Droit civil - Les obligations - Le contrat, Paris, L.G.D.J., 1980, 846 p.

GLENN, P., « La civilisation de la common law », dans Ernest CAPARROS (dir.), Mélanges Germain Brière, coll. « Bleue », Montréal, Wilson et Lafleur, 1993.

GRAND, L. et C. LEYRONAS, « Pour une approche renouvelée de la sous-traitance en réseau : de la dépendance à la dépendance croisée », dans Actes du 3ème Congrès International Francophone sur la PME, Montréal, 1996, disponible à l'adresse suivante : http://www.hec.ca/airepme/actes_1996.html

GREFFE, X., Arts et artistes au miroir de l'économie, Paris, Édition UNESCO et Economica, 2002, 316 p.

GRIGNON, P., Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires de commerce, vol. 44, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Éditions LITEC, Paris, 2000, 380 p.

GUILLIEN, R. et J. VINCENT, Lexique des termes juridiques, Paris, Éditions Dalloz, 1988, 482 p.

GUTTERIDGE, H.D., Le droit comparé - Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit, Paris, L.G.D.J., 1953, 52 p.

HAUTEFORT, M. et C. GIRODROUX, Lamy social - Droit du travail et charges sociales, Paris, Éditions Lamy, 2001.

HENRIET, B., « Entreprise éclatée et gestion du travail. Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines », dans SUPIOT, A. (dir.), Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, Éditions L.G.D.J., 1998, 640 p., p. 199-214

HILAIRE, J., Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, (XI^e -XIX^e S), 8^{ème} éd., coll. « Mémentos », Droit public et Sciences politiques », Paris, Éditions Dalloz, 1999, 220 p.

JAVILLIER, J.-C., Droit du travail, 7^{ème} éd., coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J., 1999.

JOIN-LAMBERT, M.-T., Politiques sociales, 2^{ème} éd., coll. « Amphithéâtre », Paris, Éditions Presses de Sciences Politiques et Éditions Dalloz, 1997, 717 p.

KATZ, A., Lamy protection sociale, Paris, Éditions Lamy, 2001.

KESSLER, F., « Contracts and Power in America », dans Donald BLACK et Maureen MILESKEI, The Social Organization of Law, New-York, Editions Seminar Press, 1973, 405 p.

KUHNMUNCH, O. (dir.), Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services?, Aix-en-Provence, Colloque organisé par le Centre d'Études des Relations Sociales Internationales de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix- Marseille, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1995, 147 p.

L'HEUREUX, N., Droit de la consommation, 5ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 566 p.

LAGACÉ, C., et A. ROBIN-BRISEBOIS, Travail indépendant et rapports collectifs de travail. Étude de six regroupements de travailleurs indépendants, Montréal, INRS-Urbanisation, Culture et Société, 2004, 147 p.

LAMARCHE, L. (dir.), Emploi précaire et non emploi : droits recherchés, Actes de la 5ème journée de droit social et du travail (3 juin 1994), UQÀM, Département des sciences juridiques, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 150 p.

LAMONTAGNE, D.-C., Droit spécialisé des contrats - Les contrats relatifs à l'entreprise, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, 620 p.

LANDRY, R., « L'analyse de contenu », dans Benoît GAUTHIER, Recherche sociale- De la problématique à la collecte des données, Québec, Éditions P.U.L., 1995.

LAPRISE, G., Les outils du raisonnement et de la rédaction juridique, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 261 p.

LASBORDES, V., Les contrats déséquilibrés, T. 1-2, Aix-en-Provence, Éditions P.U.A.M., 2000, 737 p.

LAUZON, Y., « Du contrat de société et d'association », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, Le réforme du code civil - Obligations, contrats nommés - T2, Laval, Éditions P.U.L., 1993, 1177 p.

LE CORRE et associés, Coûts et négociation d'une fin d'emploi : Tout ce que l'employeur doit savoir, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 150 p.

LE GOFF, J., Droit du travail et société – Les relations individuelles de travail, T. 1, coll. « Petit Traité du droit du travail », Rennes, Éditions P.U.R., 2002, 1012 p.

LE GOFF, J., Droit du travail et société – Les relations collectives du travail, T. 2, coll. « Petit Traité du droit du travail », Rennes, Éditions P.U.R., 2002, 590 p.

LELOUP, J.-M., Les agents commerciaux - Statuts juridiques - stratégies professionnelles, coll. « Encyclopédie Delmas », Paris, Éditions Dalloz, 1998, 319 p.

LES SERVICES JURIDIQUES DU TRIBUNAL CANADIEN DES RELATIONS PROFESSIONNELLES ARTISTES-PRODUCTEURS, Loi sur le statut de l'artiste annotée, Scarborough, Éditions Carswell, 1999, 129 p.

LICARI, F.-X., La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, vol. 58, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Cahors, Éditions LITEC, 2002, 759 p.

LIN, Z., G. PICOT et J. YATES, L'accroissement de l'emploi autonome en période de chômage élevé : analyse empirique des faits récents survenus au Canada, no. 133, Statistique Canada, Direction des études analytiques documents de recherche, du numéro 11F0019MIF au catalogue, 1999.

LOWE, G. et G. SCHELLENBERG, What's a Good Job? The importance of Employment Relationship, Canadian Policy Research Networks, Discussion Paper - Changing Employment Relationships Series, W|05, Ottawa, 2001, 117 p., disponible sur le site : http://www.cprn.org/pubs/files/pubs-w_f.html

LOWE, G., G. SCHELLENBERG et K. DAVIDMAN, Re-Thinking Employment Relationships, Canadian Policy Research Networks, Discussion Paper - Changing Employment Relationships Series, WP05, Ottawa, 46 p., disponible sur le site : http://www.cprn.org/pubs/files/pubs-w_f.html

LUBORSKY, G. et J. O'REILLY, The Outsourcing Controversy - Avoiding Pitfalls, coll. « CLV Special Report », Toronto, Éditions Carswell, 1996, 32 p.

LYON-CAEN, G., « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », dans HORION P. (dir.), En Hommage à Paul Horion, Liège, Éditions Faculté de droit de Liège, 1972, 293 p.

LYON-CAEN, G., Le droit du travail non salarié, Alençon, Éditions Sirey, 1990, 208 p.

LYON-CAEN, G., J. PELISSIER et A. SUPLOT, Droit du travail, coll. « Droit privé – Précis », Paris, Éditions Dalloz, 1996, 1007 p.

MACNEIL, I.R., Contracts : Exchange Transactions and Relations, 2ème éd., Mineola, Foundation Press, 1978.

MACNEIL, I.R., The New Social Contract, London, Yale University Press, 1980.

MAINGUY, D., Contrats spéciaux, 2ème éd., coll. « Cours Dalloz », Paris, Éditions Dalloz, 2000, 388 p.

MALAURIE, P. et L. AYNES, Droit civil - Les contrats spéciaux, 9ème éd., Paris, Éditions Cujas, 1995, 673 p.

MANENT, P., Histoire intellectuelle du libéralisme, coll. « Pluriel », Paris, Éditions Hachette Littérature, 1987, 250 p.

MARKESINIS, B.S. et R.J.C. MUNDAY, An Outline of the Law of Agency, 4ème éd., London, Butterworth, 1998, 309 p.

MARSHALL, T.H., Citizenship and Social Class, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

MASSE, C., « Le nouveau Code civil du Québec et l'entrepreneur précaire », dans Lucie.

LAMARCHE et al., Emploi précaire et non emploi : droits recherchés - Actes de la 5ème journée en droit social et du travail, Québec, Éditions Yvon Blais, 1994, 150 p.

MACNEIL Ian R, J. GUEL Paul, Contracts: Exchange Transactions and Relations - Cases and Materials, 3rd éd., New-York, Foundation Press, 2001, 1309 p.

MATHIEU, P.-A., La nature juridique du contrat de franchise, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 180 p.

MAZEAUD, A., Droit du travail, 2ème éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Éditions Montchrestien, 2000, 524 p.

MEMMI, A., La dépendance, Esquisse pour un portrait du dépendant, Paris, Gallimard, 1979, 218 p.

MESTRE, J., « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », dans Adrienne HONORAT et Pierre JULIEN (dir.), Mélanges en l'honneur d'A. Breton et F. Derrida, Paris, Éditions Dalloz, 1991, 424 p.

MORIN, F., Jurisprudence commentée en droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 860 p.

MORIN, F., « L'adaptation des lois du travail aux besoins du XXI^e siècle Carence du processus législatif ou simple absence d'une réelle volonté? » dans Jean BERNIER et al. (dir.), L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, 169 p.

MORIN, F., Rapports collectifs de travail, 2^{ème} éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, 831 p.

MORIN, F. et J.-Y. BRIÈRE, Le droit de l'emploi au Québec, 2^{ème} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, 1636 p.

MORIN, M.-L., « Louage d'ouvrage et contrat de travail », dans Alain SUPLOT (dir.), Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1998, 640 p.

MORVAN, P., Le principe de droit privé, coll. « Droit privé », Paris, Éditions Panthéon Assas et L.G.D.J., 1999, 788 p.

O.C.D.E., Les perspectives de l'emploi, Paris, 2000, disponible sur le site : <http://www.ocde.org>

O.I.T., Colloque sur la technologie de l'information dans l'industrie du spectacle et des médias : répercussions sur l'emploi, les conditions de travail et les relations professionnelles, Genève, 2000, disponible sur le site : www.ilo.org

O.I.T., Le champ d'application de la relation de travail, Genève, Conférence internationale du travail, 91^e session, 2003, Rapport V, disponible sur le site : <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/reports.htm>

O.I.T., Une mondialisation juste - Créer des opportunités pour tous, Le rapport final de la Commission Mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, Genève, 2004,

179 p., disponible sur le site de l'O.I.T. : <http://www.oit.org>

OLSZAK, N., Histoire du droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1999, 128 p.

PAYET, M.-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, vol. 7, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », Paris, Éditions Dalloz, 512 p.

PESCHAUD, H., Juris-Classeur Traité travail, fascicule 5-10, v° Travailleur à domicile, Feuilles mobiles et mise à jour périodique.

PÉLISSIER, J., A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, Droit du travail, 21ème éd., coll. « Précis », Paris, Éditions Dalloz, 2002, 1337 p.

PIATECKI, C., O. FERRIER et P. ULMANN, Les travailleurs indépendants, Paris, Éditions Economica, 1997, 300 p.

PIGEON, L.-P., Rédaction et interprétation des lois, 3ème éd., Québec, Les publications du Québec, 1986, 97 p.

PINEAU, J., « Existence et limites de la discrétion judiciaire dans la formation et l'exécution du contrat », dans Les développements récents en droit commercial, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

PINEAU J., « Théorie des obligations », dans, Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La réforme du code civil - Obligations, contrats nommés, Vol. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, 1177 pages.

PIPPI, F., De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social, Paris, L.G.D.J., 1966, 534 p.

PLANIOL, M. et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Paris, L.G.D.J., 1952, 1003 p.

POUSSON, A., « Morale et droit du travail », dans La morale et le droit des affaires - Actes du colloque de l'université des sciences sociales de Toulouse, le 12 mai 1995, Paris, Éditions Montchrestien, 1996.

PUIGELIER, C., Juris-Classeur Traité travail, fascicule 17-1, v° Salariat, Feuilles mobiles et mise à jour périodique.

RAY, J.-E., Le droit du travail à l'épreuve des N.T.I.C., coll. « droit vivant », Rueil-Malmaison, Éditions Liaisons, 2001, 247 p.

RAYNAUD P., AUBERT J.-L., SAVAUX E. (dir.), Répertoire droit civil, Dalloz, v° Contrats et conventions, Tome 4.

REICH, R., L'économie mondialisée, Paris, Éditions Dunod, 1993, 336 p.

REMICHE, B., « Le rôle régulateur des contrats internationaux de transfert de technologie : « du contrat contrôle au contrat libéré » », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), Les transformations de la régulation juridique, coll. « Droit et sociétés - Recherche et travaux n° 5 », Paris, L.G.D.J., 1998.

RENAUX-PERSONNIC, V., L'avocat salarié : entre indépendance et subordination, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1998.

RENET, T., La Force de travail - Étude juridique, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Éditions LITEC, 1992, 727 p.

REY, C., Le travail à domicile, Paris, Avis examiné par le Conseil économique et social adopté au cours de sa séance du 10 février 1999, 1999, 224 p.

RIALS, S., Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, Paris, L.G.D.J., 1980, 564 p.

RIPERT, G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1948, 423 p.

RODIÈRE, P., Droit social de l'Union Européenne, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 2001, 668 p.

RODIÈRE, R., Introduction au droit comparé, Barcelone, Éditions Dalloz, 1967.

ROUAST, A. et P. DURAND, Précis de législation industrielle, (Droit du travail), 4 ème éd., Paris, Éditions Dalloz, 1951, 631 p.

ROULAND N., Aux confins du droit, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, p. 227

ROY, G., Diagnostic sur le travail autonome : Statut juridique comparatif, vol. 98-03, Montréal, Chaire d'entrepreneurship Maclean Hunter - H.E.C., 1998, 81 p.

SACCO, R., La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, Éditions Economica, 1991, 175 p.

SAUPHANOR, N., L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, T. 326, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 424 p.

SCELLE, G., Le droit ouvrier, Paris, Éditions Armand Colin, 1922, 212 p.

SERVAIS, J.-M., Droits en synergie sur le travail - Éléments de droits international et comparé du travail, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, 91 p.

SNYDER, R.M., The 2001 Annotated Canada Labour Code, Toronto, Carswell, 2001, 978 p.

SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (S.A.R.T.E.C.), Mémoire de la (S.A.R.T.E.C.) – Projet de loi n. 182 modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations de travail et modifiant d'autres dispositions législatives, présenté à la Commission de l'économie et du travail, Montréal, 2001, 4 pages, disponible sur le site internet à l'adresse suivante : <http://www.sartec.qc.ca/commu/memoire182.htm>

SOMMER, N.B. et S.-D. SAXE, Understanding the Labour Relations Act, Ontario, Editions Canada Law Book, 1998, 131 p.

SOTOS, J. et F. ZAÏD, Comptes-rendus des réunions annuelles - Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada – Stratégie du droit commercial – Loi uniforme sur les franchises, Yellowknife, 2002, 37 pages, disponible sur le site : <http://www.ulcc.ca/fr>

SOTOS J. et F. ZAÏD, Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada – Stratégie du droit commercial – Loi uniforme sur les franchises, Fredericton, Rapport du Comité de travail, 2003, 39 pages, disponible sur le site : <http://www.ulcc.ca>

SPROAT, J.R., Employment Law Manual - Wrongful Dismissal Human Rights and Employment Standards in Ontario, vol. 1, Toronto, Éditions Carswell, 1990.

SUEUR, J.-J., « Droit économique et méthodologie du droit », dans Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat - Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, 587 p.

SUEUR, J.-J., Une introduction à la théorie du droit, coll. « Logiques juridiques », Éditions L'Harmattan, 2001, 206 p.

SUPIOT, A., Le droit du travail, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2004, 127 p.

SUPIOT, A., Le travail en perspectives, vol. 22, coll. « Droit et société », Paris, Éditions L.G.D.J., 1998, 640 p.

SUPIOT, A., Critique du droit du travail, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1994, 280 p.

SUPIOT, A., Transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe - Rapport final issu du groupe d'experts institué par la D.G.V de la Commission européenne, sans lieu, 1998, 220 p.; récemment publié sous le titre Au-delà de l'emploi - Rapport de la Commission européenne, Paris, Éditions Flammarion, 1999, 320 p.

TANCELIN, M. et D. SHELTON, Des institutions - Branches et sources du droit, 2ème éd., Montréal, Éditions Adage, 1991, 82 p.

TEYSSIER, B., Les sources du droit du travail, coll. « Droit éthique Société », Vendôme, P.U.F., 1998, 237 p.

TORBAY, K., Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés - étude de droit français et de droit libanais, T. 384, Paris, L.G.D.J., 2002, 363 p.

TOURNEAU Le, P., Le contrat de franchisage, Paris, éd Juris-Classeur Litec, 2003, 309 p.

TRAXLER, F. et M. BEHRENS, Couverture de la négociation collective et procédures d'extension, Vienne, 2003, disponible sur le site :

<http://www.eiro.eurofound.ie/about/2002/12/study/TN0212104S.html>

TREU, T., Labour Law and Social Change, Genève, Public Lecture, International Institute for Labour Studies, 2002, 18 p.,
<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/edu/publecs.htm>

TRUDEAU, G., « La contractualisation du droit des relations professionnelles : une illustration des tendances nord-américaines » dans Philippe AUVERGNON (dir.), Actes du séminaire International de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Bordeaux, Imprimerie de l'université, Comptatsec, 2003, 408 p.

VALLÉE, G., L'ancienneté en droit du travail français et québécois : une approche comparée - Partie 1 : La notion objective d'ancienneté, Thèse de doctorat, Lyon, Université Jean Moulin Lyon III - Institut d'études du travail et de la sécurité sociale, 1991, 718 p.

VERGE, P., « L'adaptation du droit du travail à la « nouvelle entreprise » », dans Jean BERNIER et al. (dir.), L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail, Sainte-Foy, P.U.L., 2001, 169 p.

VERGE, P. et G. MURRAY, Le droit et les syndicats – Aspects du droit syndical québécois, Sainte-Foy, P.U.L., 1991, 500 p.

VERGE, P. et G. VALLÉE, Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail, coll. « Le droit aussi », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 221 p.

VERMELLE, G., Droit civil - Les contrats spéciaux, coll. « Mémentos », Paris, Éditions Dalloz, 1996, 162 p.

VIENNOIS, J.-P., La distribution sélective, vol. 41, coll. « Bibliothèque du droit de l'emploi », Paris, Éditions LITEC, 1999, 456 p.

VINEY, G. et P. JOURDAIN, Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité civile, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, 1226 p.

VIRASSAMY, G., « La protection du professionnel dépendant contre les abus de son cocontractant » dans Alain COEURET et al. Actes du Colloque, "Les frontières du salariat", 26 et 27 octobre 1996 à l'Université de Cergy-Pontoise, coll. « Thèmes et documents », La Chapelle Montligeon, Les Éditions Dalloz et Revue Juridique d'Ile-de-France, 1996, p.183-193.

VIRASSAMY, G. J., Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p.

WANK, R., Worker's protection National Study for Germany for the ILO, Genève, 1999, www.ilo.org/public/english/dialogue/govlab/pdf/wpnr/germany.pdf

WOODS, H.D., Labour Policy in Canada – Vol. 1 – Labour Policy and Labour Economics in Canada, Toronto, Macmillan of Canada, 1973, 377 p.

-----Saut de page-----

2 - ARTICLES DE PÉRIODIQUES ET DE RECUEIL DE TEXTES :

ASSOCIATION VILLERMÉ, « La loi Madelin et le Code du travail : à contre courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », (1995) 7-8 Droit social 673.

AUBERT-MONPEYSEN, T., « Commentaire de l'arrêt Villar - Chambre criminelle 5 janvier 1995 - Qualification du contrat et délit de travail clandestin », (1997) 256 Notes du L.I.R.H.E. 14.

AUBERT-MONPEYSSSEN, T., « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », (1997) 6 Droit Social 616.

AZARD, P., « Le contrat d'adhésion », (1960) 20 Revue du Barreau 337.

BARRON, M. H., « Who's an Independent Contractor? Who's an Employee? », (1999) 14 The Labor Lawyer 457.

BARTHELEMY, J., « Contrat de travail et contrat d'entreprise : Nouvelles frontières », (1994) J.C.P. (éd. E.) Chr. 361.

BARTHELEMY, J., « Le professionnel para subordonné », (1996) J.C.P. (éd. E.) Chr. 606.

BEFFA, J.-L., R. BOYER et J.-P. TOUFFUT, « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », (1999) 12 Droit Social 1039.

BELLEY, J.-G., « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26 Les Cahiers de Droit 1045.

BELLEY, J.-G., « Stratégie du fort et tactique du faible en matière contractuelle : un étude de cas », (1996) 37 Les Cahiers de Droit 37.

BENDEL, M., « The Dependent Contractor : an Unnecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law », (1982) 32 University of Toronto Law Journal 374.

BERGÉ, J.-S., « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », (2001) 137 Petites affiches 78.

BICH, M.-F., « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation », (1986) 17 Revue générale de droit 85.

BLAISE, H., « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main d'œuvre », (1990) 5 Droit social 418.

BLANLUET, G., « La responsabilité professionnelle du fait d'autrui », (2001) 137 Petites affiches 89.

BLOUIN, R., « Le rapport de dépendance économique comme norme de qualification du salarié au sens du Code du travail », (1974) 20 McGill Law Journal 429.

BOIVIN, C., S. RIVARD et A.B. AUBERT, « Le télétravail, un phénomène en émergence », (1996) 21 Gestion 68.

BOUBLI, B., « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle », (1999) 35 Jurisprudence sociale Lamy 4.

BOUDINEAU, C., « Les contrats de retraite et de prévoyance issus de la loi Madelin : Quel bilan? », (2001) 150 Petites affiches 4.

BOWLBY, G., J. LÉVESQUE et D. SUNTER, « Les heures de travail », (1996) n°71-005-XPB Statistique Canada 3.

BRAS-MIRANDA, G., « Le contenu obligatoire du contrat de représentation commerciale internationale », (1997) 57 Revue du Barreau 491.

BRISEBOIS, J., « L'univers de la relation contractuelle entre un athlète professionnel et son agent : une analyse du droit québécois », (1999) 33 Revue juridique Thémis 589.

BROUSSEAU, É., « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », (1998) 147 Petites affiches 22.

BRUSHI, M., « L'assurance et la responsabilité civile professionnelle », (2001) 137

Petites affiches 70.

CAIRNS J. W., «Employment in the Civil Code of Lower Canada: Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », (1987) 32 McGill Law Journal 673

CAMPBELL, D., « Flux d'investissements, faible mobilité de la main d'œuvre et qualité de l'emploi », (1994) 133 Revue internationale du travail 201.

CASTEL, R., « Droit du travail : redéploiement ou refondation », (1999) 5 Droit social 438.

CASTEL, R., « Le monde du travail », (1998) 9 Le monde diplomatique 24.

CHAMPAUX, F., « Les taxis de la marge », (2000) 1011 Chr. Semaine sociale Lamy 7.

CHAUCHARD, J.-P., « Subordination et indépendance : un Sisyphe juridique? », (2001) Travail et protection sociale 4.

CLICHE, D., « Status of the Artist or of Arts Organizations? : A Brief Discussion on the Canadian Status of the Artist Act », (1996) 21 Canadian Journal Of Communications 1.

COEURET, A., « Le salariat dans l'entreprise libérale », (1992) 11 Droit social 902.

COLBEAUX, J., « La prestation de travail à l'épreuve du droit du travail », (1999) 931 Semaine sociale Lamy 3.

COLBEAUX, V., « Le reflux du salariat : la fin de la domination du critère du service organisé », (1998) 23 Jurisprudence sociale Lamy 4.

CUCHE, P., « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », (1913) Revue critique 424.

CUCHE, P., « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », (1932) Dalloz Chr. 30.

DAO, C., « Les clauses de non responsabilité en matière de franchisage - Travail commandé », (2000) 9 Revue juridique des étudiants de l'Université Laval 201.

DAVIDOV, G., « The Three Axes of Employment Relationships : A Characterization of Workers in Need of Protection », (2002) Vol. LII n°4 University of Toronto Law Journal 1.

DE MAILLARD, J., P. MANDROYAN, J.-P. PLATTIER et T. PRIESTELEY, « L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi », (1979) 9-10 Droit social 323.

DE SENG, A., « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale les avatars de la qualification », (2001) Droit ouvrier 241.

DE SENG, A., « Note sous Cour d'appel de Paris (18^e ch. civ.) 7 juin 2001 Sa SCHE c. Berthet et autres », (2001) 12 Droit ouvrier 525.

DEBONNE-PENNET, R., « Le statut juridique des artistes du spectacle », (1980) Dalloz Chr. 17.

DELEBECQUE, P., « Intervention au Colloque sur le contrat de sous-traitance », (2001) Centre de droit maritime et des transports, disponible sur le site <http://www.cdmt.droit.u-3mrs.fr>

DELEBECQUE, P., « Les contrats, vecteurs de l'externalisation », (1998) 147 Petites affiches 9.

DELFORGE, R., « New Trends in French Case Law : The Growing Recognition of the Independence of Franchisees », (2000) Vol. 2 issue 1 International Journal of Franchising and Distribution Law 37.

DEVELLENES, Y. et G. KIRIAZIS, « Vers un réseau international de la concurrence », (2001) 251 Petites affiches 20.

DIAKHATÉ-FAYE, M., « Un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicule équipé taxi », (2001) 91 Jurisprudence sociale Lamy 4.

DOROY, F., « La vérité sur le faux travail indépendant », (1995) 7-8 Droit social 638.

DREIFUSS-NETTER, F., « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », (1990) 3 Revue trimestrielle de droit civil 369.

DURAND, P., « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », (1952) Droit social 437.

EMANUELLI CLAUDE, C., « Le droit comparé selon une perspective canadienne », (1980) 40 Revue du Barreau 80.

ENGBLOM, S., « Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers », (2001) The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 211.

EUZEBY, C., « Piste pour une révolution tranquille du travail », (1998) Le monde diplomatique 18.

FABRE, C., NIEDERCORN F., « Les enjeux du télétravail », (1996) Nov. Liaisons sociales 49

FABRE-MAGNAN M., « Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations », (2002) 1095 suppl. Semaine sociale Lamy 32.

FAGES, B. et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », (1998) 51 Revue trimestrielle de droit commercial 71.

FERRIER, D., « Franchise et pratiques restrictives de concurrence », (1987) 2 Cahier de droit de l'entreprise 8.

FERRIER, D., « Les apports au droit commun des obligations », (1997) 50 Revue trimestrielle de droit commercial 49.

FICKINGER, N., « Les transformations du salariat », (2000) 2.667 Problème économique 27.

FOULON, S., « Les forçats du taxi, faux locataires mais vrais salariés », (2001) 4 Liaisons sociales magazine 56.

FROGNANI, A., « A Comparison of Common Law and Civil Law in the International Franchise Arena : A perspective from a Civil Law Jurisdiction », (2001) 3 International Journal of Franchising and Distribution Law 81.

GABA, H., « La requalification du contrat de franchise en contrat de travail », (1999) 3 Travail et Protection Sociale 4.

GAGNON, J.-D., « Employés parfois ou quelquefois. Le travail atypique ou précaire; les insuffisances du droit canadien et québécois », (1991) 70 Canadian Bar Review 71.

- GAGNON, J.H., « L'obligation de bonne foi dans le contrat de franchise, de concession, de bannière ou de groupement », (2000) Congrès du Barreau du Québec 107.
- GAGNON, J.H., « La franchise : un contrat sui generis dangereux », (1989-90) 57 Assurances 394.
- GALLIÈRE, P., « La responsabilité professionnelle disciplinaire : le rayonnement des règles professionnelles », (2001) 137 Petites affiches 47.
- GAUDU, F., « La responsabilité civile du prêteur de main d'œuvre », (1988) Chr. XXXVIII 235.
- GAUDU, F., « Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui », (2003) 1140 Semaine sociale Lamy 20.
- GLENN, H. P., « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 Revue juridique Thémis 342.
- GOASGUEN, C., « La représentation commerciale, les critères du choix entre les différents statuts », (1998) 895 Semaine sociale Lamy 5.
- GRIMALDI d'ESTRA, J., « Les voyageurs, représentants, placiers », Juris-classeur du travail - Traité travail, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 4-10
- GROFFIER, É., « L'importance croissante du mandat en droit québécois : les développements récents », (1985) 15 Revue de droit de l'université de Sherbrooke 445.
- HAUTEFORT, M., « Observations sous Cass. soc., 2 oct. 2001, pourvoi n°99-42.727 », (2001) 89 Jurisprudence sociale Lamy, pp.6-7.

IDIOT, L., « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : L'exemple du droit de la concurrence », (2001) 137 Petites affiches 34.

INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES DU TRAVAIL, « La mise à disposition de salariés », (1996) J.C.P. (éd. E) Chr. 614.

ISSACS, N., « The Standardizing Of Contracts », (1917) 27 Yale Law Journal 34.

JAVILLIER, J.-C., « Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité - Libre propos d'un juriste du travail », 133 (4) Revue International du Travail 533.

JEAMMAUD, A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », (2004) 7-8 Droit social 694

JEAMMAUD, A., « L'assimilation des franchisés aux salariés », (2002) 2 Droit social 158.

JEAMMAUD, A., « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail - à propos de l'arrêt Labbane », (2001) 3 Droit social 227.

JEAMMAUD, A. « Le principe de faveur : enquête sur une règle émergente », (1999) 2 Droit social 115

JEAMMAUD, A., « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », (1998) Droit ouvrier 240.

JEAMMAUD, A., « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », (1999) 5 Droit social 450.

JEAMMAUD, A., T. KIRAT et M.-C. VILLEVAL, « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », (1996) 1 Revue internationale de droit économique 99.

JOURDAIN, P., « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », (2001) 137 Petites affiches 60.

KERBOURC'H Jean-Yves, « Clauses de non-concurrence », (2004) 1169 suppl. Semaine sociale Lamy 79 p.

KIRAT, T., « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats «incomplets» à la pratique des contrats administratifs », (2003) 1 Revue internationale de droit économique 11.

KORNPROBST, E., « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : L'exemple du droit fiscal », (2001) 137 Petites affiches 41.

KRAHN, H., « Accroissement des régimes de travail atypiques », (1995) n°75-001F Statistique Canada 43.

L'HEUREUX, N., « La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce », (1977) 18 Cahiers de droit 397.

LAFLAMME, R. et D. CARRIER, « Droits et conditions de travail des employés des agences de location de main d'œuvre », (1997) 52 Relations industrielles 162.

LAJEUNESSE, A., « L'impact du Code civil du Québec sur le contrat de franchise », (1997) 4 Revue d'études juridiques 145.

LANGILLE, B.A. et G. DAVIDOV, « Beyond Employees and Independents Contractors : A View From Canada », (1999) 21 :7 Comp. Labor Law and Poly Journal 8.

- LAVOIE, I., « Une première au sein des ordres professionnels en Amérique du Nord : Le Barreau crée son propre régime d'aide parentale », (2003) 35-9 Journal du Barreau 1.
- LECLERC, J., « Le juriste confronté aux «réflexes» interprétatifs du juge », (2001) 252 Petites affiches 19.
- LÉGER, J., « Lois sur le statut de l'artiste : une approche constitutionnelle ou l'art de l'ubiquité », (1993) 5 Les cahiers de propriété intellectuelle 267.
- LÉGER, N. et D. DORÉ, « Le droit social de l'entreprise virtuelle », (1999) 14 Petites affiches 10.
- LEMIEUX, M., « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 Les Cahiers de Droit 728.
- LEMOINE, E., « Les principes civilistes dans le contrat de travail », (2001) 119 Petites affiches 8.
- LEONARDI, S., « Télétravail et droits de base », document non publié, sans date, disponible sur le site <http://www.iwerf.be>
- LEROY, C., « Ces employeurs qui détestent le contrat de travail », (1999) Liaisons sociales – Magazine 26.
- LEVITT, E.N., « Ontario Franchise Act », (2000) 2-1 International Journal of Franchising and Distribution Law 33.

LOGAN, J., « How Anti-Union Laws Saved Canadian Labour : Certification and Striker Replacements in Post War Industrial Relations», (2002) 57-1 Relations industrielles 129.

LOJKIN, J., « À propos du rapport Supiot», (1999) Droit social 669.

LOWE, G.S., « Employment Relationships as the Centrepiece of a New Labour Policy Paradigm», (2002) 28 (1) Canadian Public Policy 93.

LOWE, G. et G. SCHELLENBERG, « What's a Good Job? The importance of Employment Relationship», (2001) Canadian Policy Research Networks, Discussion Paper - Changing Employment Relationships Series, W05, disponible sur le site : http://www.cprn.org/pubs/files/pubs-w_f.html

LYNK, M., « Union Democracy and the Law in Canada», (2002) 1 Just Labour 16.

LYON-CAEN, A. et J. MAILLARD, « La mise à disposition de personnel», (1981) 4 Droit social 320.

LYON-CAEN, G., « L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence», (1992) Droit ouvrier 313.

LYON-CAEN, G., « La bataille truquée de la flexibilité», (1985) Droit social 801.

LYON-CAEN, G., « Où mènent les mauvais chemins», (1995) 7-8 Droit social 647.

LYON-CAEN, G., « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi», (1980) 9-10 Droit social 8.

LYON-CAEN, G. et J. RIBETTES-THILHET, « Sociétés de travail temporaire et travailleurs temporaires», (1972) Dalloz Chr. 63.

MACPHERSON, E., « Collective Bargaining for Independent Contractors : Is the Status of the Artist Act a Model for the Industrial Sectors? », (1999) 7 Canadian Labour Employment Law 355.

MAGEE, J., « À qui appartient l'entreprise : employés ou entrepreneurs indépendants », (1997) 45-3 Revue fiscale canadienne 604.

MAILLARD, J., P. MANDROYAN, J.-P. PLATTIER et T. PRIESTLEY, « L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes «d'extériorisation de l'emploi» », (1979) Droit social 323.

MAILLARD, M., M.-A. MOREAU, « Avocats salariés et avocats collaborateurs : Réflexion autour de quelques difficultés », (1994) 33-34 Revue juridique de l'Île de France 9.

MAINGUY, D., « Synthèse de jurisprudence «distribution» », (1998) Cahier de droit de l'entreprise 21.

MALAUURIE-VIGNAL, M. et D. MAINGUY, « Lexique de droit de la distribution et de la concurrence », (1998) Cahier de droit de l'entreprise 10.

MALAUURIE-VIGNAL, M. et D. MAINGUY, « Lexique de droit de la distribution et de la concurrence », (1999) Cahier de droit de l'entreprise 16.

MASFAYON, M., « Réforme de la législation canadienne de la concurrence », (1987) 37 Revue de la concurrence et de la consommation 42.

MATHIEU, P.-A., « Les clauses de non-concurrence dans les contrats de franchise : ou qui trop embrasse mal étreint », (1999) non publié, disponible sur le site suivant :

MATHONNIÈRE, J., « Un nouveau comportement défini comme anticoncurrentiel : L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique », (1987) 37 Revue de la concurrence et de la consommation 13.

MATTE, D., D. BALDINO et R. COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec », (1998) Le marché du travail 20.

MENGOZI, P., « Règles communautaires et règles impératives en tant que «limites» et «contre limites» imposées à l'autonomie contractuelle », (1999) 1 Revue du marché unique européen 169.

MESTRE, J., « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », (1988) 5 Droit social 405.

MESTRE, J., « Obligations en général », (1988) 3 Revue trimestrielle de droit civil 533.

MICHON, F., « Flexibilité et marché du travail », (1987) 231 Les Cahiers Français 35.

MINISTÈRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ, « Réponse ministérielle n.29546 à propos des règles relatives à la sous-traitance (J.O. quest. A.N. du 20 mars 2000 p.1834) », (2001) oct. Droit ouvrier 432.

MOATI, P., « Entreprises et entrepreneurs – De la très petite à la grande entreprise, états des lieux », (2002) 309 Cahiers français 3.

MOREAU, M.-A., « Brèves observations dans une perspective communautaire », (1999) 5 Droit Social 454.

- MORIN, M.-L., « Sous-traitance et relations salariales - Rapport C.G.P. 1994 », (1996) 2^{xl} Les Cahiers de L.I.R.H.E. 185.
- MOUSSERON, J.-M., « Rapport de synthèse », (1998) 51 Revue trimestrielle de droit commercial. 559.
- MOUSSY, P., « Un pas en avant, deux pas en arrière à propos de l'effet boomerang du «renouveau» du contrat de travail », (1999) Droit ouvrier 1.
- MOUSSY, P., « Variations sur la requalification », (2000) 624 Droit ouvrier 319.
- MOZAS, P. et P. HÉLIS, « Informatique, réseaux et média », (1998) 89 Petites affiches 19.
- MÜCKENBERGER, U., « Vers une reconfiguration multilatérale du droit du travail », (2002) 1095 suppl. Semaine sociale Lamy 26.
- NERET, J., « Marchandage - Opération de fourniture ou de prêt de main d'œuvre », Juris-classeur du travail - Traité travail, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 3-20.
- NICOLAS-VULLIERME, L., « Ordonnance numéro 86-1243 du 1er décembre 1986 », Juris-classeur Concurrence et consommation, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 28.
- OPPETIT, B., « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », (1995) Revue des sciences morales et politiques 241.
- PAILLUSSEAU, J., « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », (1997) Dalloz Chr. 97.

PANSIER, F.-J., « Du pigiste au journaliste », (2000) 119 Doctrine 008 Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris 489.

PANSIER, F.-J., « Le travail dissimulé », (2001) 128 Doctrine 6 Les Cahiers Sociaux du Barreau de Paris 113.

PANSIER, F.-J., « Les journalistes d'agence de presse privés de conscience », (2001) 128 A 12 Les Cahiers Sociaux du Barreau de Paris 117.

PANSIER, F.-J., « V.R.P. », (2001) 126 A 3 Les Cahiers Sociaux du Barreau de Paris 13.

PASSA, J., « Panorama des droits étrangers », Juris-classeur Concurrence et consommation, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 50-20.

PEDERSINI, R. et G. PRIMO CELLA, « Moves to regulate freelance coordinated work through law and bargaining », (2000) IT0011273F Fondazione Regionale Pietro Seveso, disponible sur le site : <http://www.eiro.eurofound.eu.int>

PEDERSINI, R., « Economically dependent workers, employment law and industrial relation », (2002) TN0205101S European industrial relations observatory on-line, disponible sur le site : <http://www.eiro.eurofound.eu.int/about/2002/05/study/TN0205101S.html>

PELISSIER, J., « La relation de travail atypique », (1985) Droit social 531.

PELISSIER, J., « Les horaires individualisés », (1981) Droit social 554.

PEROCHON, F., « Responsabilité et dépendance économique : tendances récentes en faveur des distributeurs », (1989) Cahier de droit de l'entreprise 16.

PERULLI, A., « Étude sur le travail économiquement dépendant ou para subordonné », Audition publique « Le travail économiquement dépendant ou para subordonné », Parlement européen et Commission de l'emploi et des affaires sociales, 16 juin 2003, 22 pages, disponible sur le site : <http://www.europarl.eu.int>

PÉRUSSE, D., « Disparités régionales et emplois non permanents », (1997) n°75-001-XPFF Statistique Canada 44.

PÉTEL, P., « Agents commerciaux », Juris-classeur Traité travail, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 4-3.

PÉTROVICH, A., « La profession libérale en pleine réforme », (2001) 253 Petites affiches 4.

PIC, P., « Du contrat de gérance dans les sociétés à succursales multiples », (1931) 1 Revue des sociétés 1.

PIGASSOU, P., « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », (1982) 7-8 Droit social 578.

PINSONNEAULT, A. et M. BOISVERT, « Le télétravail : l'organisation de demain? », (1996) 21 Gestion 76.

POILLOT-PERUZZETTO, S. et M. LUBY, « Les contrats de distribution », (2001) Revue des Sociétés 235.

POLSKY, L.H., « Franchising and Labour Law in Canada – Control Equals Risk of Liability », (2001) 3-4 International Journal of Franchising and Distribution Law 315.

POUGHON, J.-M., « Justice et codification », (2001) 42 Les Cahiers de Droit 728.

- PRATT, J.H., « A Comparison of Common Law and Civil Law in the International Franchise Arena », (2001) 3-2 International Journal of Franchising and Distribution Law 103.
- PRÉMONT, M.-C., « L'œuvre des juristes leplaysiens au Québec : une première loi des accidents de travail », (2002) 135-136 Les Études Sociales 155.
- PRÉTOT, X., « Comment peut-on être un travailleur indépendant ...ou quelques réflexions sur la loi Madelin », (1995) 8-9 Bulletin Francis Lefebvre 398.
- PRÉTOT, X., « Où l'emploi d'un travailleur apparemment indépendant peut conduire au paiement des cotisations et des contributions sociales ...ou les surprises de la loi du 11 mars 1997 (art.2) », (1997) 8-9 Bulletin Francis Lefebvre 401.
- RADÉ, C., « Les nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », (2002) Droit social 26.
- RAINELLI, M., « Mondialisation de l'économie et entreprise », (2002) 309 Les Cahiers Français 43.
- RAMAUX, C., « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité », 1 Droit social 66.
- RAY, J.-E., « La légitime censure des télé-travaux forcés – Cass. soc. 2 oct. 2001, Abram » 2001 12 Droit social 1039.
- RAY, J.-E., « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2, Vers loi Aubry III », (2001) 3 Droit social 244.
- RAY, J.-E., « Ubiquité du travail et application du droit du travail », (2003) 1140 Semaine sociale Lamy 36.

REVENU CANADA, « Employé ou travailleur indépendant? », RC4110F 1221.

RENET, T., « Les apports au droit des relations de dépendance », (1997) 50 Revue trimestrielle de droit commercial. 37.

RICHEVAUX, M., « Des maux ... Des mots, ou le contrat de travail «franchisé» », (1998) Droit ouvrier 438.

RIQUOIR, F., « Le «cybertravail» : vers une nouvelle forme d'externalisation » (2000) 1014 Semaine sociale Lamy 8.

RISSELET, X., « La nature juridique du contrat de gérance succursaliste », (1986) 62 Petites affiches 4.

ROBERT, J.-H., « La responsabilité pénale professionnelle », (2001) 137 Petites affiches 29.

ROBIN, C., « L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique », (1989) 90-91 Petites affiches 15.

ROLLAND, L., « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 Revue de droit de McGill 903.

ROMAN, J.-F., « Analyse de la position du franchisé face à l'exercice des clauses de terminaison du contrat », (1991) 5 Revue juridique des étudiants de l'Université Laval 69.

SAINT-JOURS, Y., « La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la sous-traitance », (1998) Droit ouvrier 257.

SAINT-JOURS, Y., « Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins», (1970) Dalloz Chr. 17.

SAINT-ONGE, S. et G. LAGASSE, « Conditions de succès du télétravail : qu'en disent les employés?», (1996) 21 Gestion 83.

SAMSON, C., « Le contrat de concession commerciale et le libre marché», (1980) 21 Les cahiers de droit 716.

SARFATI, H., « Interaction between Labour Market and Social Protection Systems : Policy Implications and Challenges for the Social Partners», (2003) The International Journal Of Comparative Labour Law And Industrial Relations 253.

SAURET, A., « Indépendance technique et subordination juridique», (1992) 73 Petites affiches 24.

SAVATIER, J., « Note sous Poitiers, 5 déc. 1923», (1924) 2 D.P. 73.

SCHULZ, A. et D. LOYCKE, « The recent Judgement of The European Court of Justice Regarding Compensation Claims of Commercial Agents and the Possible Consequences for Distributors and Franchisees», (2000) 2-4 International Journal of Franchising and Distribution Law 301.

SERIZAY, B., « Journalistes », Juris-classeur Traité Travail, Feuilles mobiles et mise à jour périodique, Fascicule 5-30.

SERRA, Y., « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence», (1998) 51 (1) RTD.Com. 7.

SERVAIS, J.-M., « Le droit international du travail en mouvement : déploiement et approches nouvelles», (1991) 5 Droit social 447.

SIMLER, P., « Rapport de synthèse», (1997) 50 Revue trimestrielle de droit commercial.
75.

SIMONNEAU, M. et A. DESPLAT, « Les clauses du contrat de travail», (1999) suppl.
12990 Liaisons sociales 5.

SIROONIAN, J., « Les conditions de travail», (1993) Cat. 71-535, n° 6 Statistique Canada
9.

SOTOS J. et F. ZAÏD, « Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada – Stratégie du
droit commercial – Loi uniforme sur les franchises», (2003) Rapport du Comité de
travail, Fredericton 2003, disponible sur le site : <http://www.ulcc.ca>.

STATISTIQUE CANADA, « Le travail indépendant», (1997) n°71-005-XPB Statistiques
Canada.

ST-ONGE, F., « Lien de fait, un spectre qui fait peur», (1998) T1 APFF- Congrès 21 :1.

STULZ, V., « Travailleurs indépendants : les risques d'une requalification en salariat»,
(1996) 803 Semaine sociale Lamy 2.

SUPIOT, A., « Du bon usage des lois en matière d'emploi», (1997) 3 Droit social 229.

SUPIOT, A., « Les nouveaux visages de la subordination», (2000) 2 Droit social 131.

SUPIOT, A., « Revisiter les droits d'action collective», (2001) 7-8 Droit social 687.

SUPIOT, A., « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe -
Conclusion du rapport», (1999) 5 Droit Social 431.

SUPIOT, A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », (2003) 1 Droit social 59

TABUTEAU, D., « Vers une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles », (2001) 3 Droit social 304.

THIVIERGE, Y., « L'évolution jurisprudentielle de la distinction entre employé et travailleur autonome », (1984) 6 Revue juridique de la planification fiscale et successorale 7.

TOULLIER, A., « La régression sociale au coeur des négociations collectives », (1997) 1 Le Monde Diplomatique 20.

TRENTIN, B., « Un nouveau contrat de travail », (1999) 5 Droit Social 472.

TRUDEAU, G., « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 Revue juridique Thémis 1.

TRUDEAU, G., « Temporary Employees Hired Through a Personnel Agency : Who is a Real Employer? », (1997) 5 Canadian Labour and Employment Law Journal 359.

UNIDROIT, « Draft Articles for a Model Franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report », (2001) 3-1, International Journal of Franchising and Distribution Law 5.

VALLÉE, G., « Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale. Réflexions sur la contribution du droit étatique », (2003) 58-3 Relations industrielles, p. 363-391.

VALLÉE, G., « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne - Quel rôle pour le droit du travail? », (1999) 54-2 Relations industrielles 65.

VATINET, R., « La société anonyme et ses salariés, essai de problématique », (2000) Revue des Sociétés 161.

VENARD, B., « L'influence du cadre juridique sur la distribution des produits d'assurance en France », (1995-96) 63 Assurances 251.

VERKINDT, P.-Y., « Le risque pénal de l'externalisation », (1998) 147 Petites affiches 39.

VEZELY, G.J., « Franchising As a Form of Business Organization », (1977) 2 Canadian Business Law Journal 34.

VIGNEAU, C., « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail » (2004) 7-8 Droit social 706

VINEY, G., « Rapport synthèse », (2001) 137 Petites affiches 95.

WANK, R., « Worker's protection National Study for Germany for the ILO », (1999) non publié.

WAQUET, P., « Les pouvoirs de requalification du juge », (1997) 582 Droit ouvrier 122.

ZAÏD, F., « Franchise Disclosure Legislation in Ontario, Canada », (2000) 2-1 International Journal of Franchising and Distribution Law 111.

ZUMBO, F., « Australia's Franchising Code of Conduct under Review », (2000) 2-1 International Journal of Franchising and Distribution Law 2